

Leseprobe zu



Preis/Seiwert

Klausurenkurs Arbeitsrecht

Individualarbeitsrecht

2. neu bearbeitete Auflage, 2019, 328 Seiten, broschiert, Lehrbuch / Studienbuch

ISBN 978-3-504-42689-7

29,80 €

Vorwort

Das vorliegende Werk knüpft an den in erster Auflage 2012 publizierten Klausurenkurs im Individualarbeitsrecht an. Es ist insbesondere das Verdienst des Mitautors *Stephan Seiwerth*, Materialien aus 40 Jahren Lehre im Arbeitsrecht aufgearbeitet und zu einem systematischen Lernbuch anhand von Fällen fortentwickelt zu haben. Besonders nützlich ist es zur Repetition und zum Klausurentraining im Grundstudium (Fälle 1–15) und im Examen (Fälle 16–21). Das Buch bietet alles, was die Studierenden zur Bewältigung von Klausuren im Grundstudium und im Examen benötigen. Im Klausurenband sind neben den Standardthemen (Kündigungsschutz, Arbeitnehmerhaftung, AGB-Kontrolle, Anfechtung) auch besonders aktuelle Themen berücksichtigt (etwa Befristungsrecht, 40-Euro-Pauschale, Diskriminierungsrecht, Ausschlussfristen und Mindestlohn).

Der vorliegende Klausurenband versucht, in 21 ausformulierten Fällen mit Lösungen, die zum großen Teil Gegenstand von Prüfungsarbeiten waren, den Studierenden und Examenkandidaten strukturierte Klausurlösungen für das Selbststudium an die Hand zu geben. Die Klausuren sind in jahrelanger Lehr- und Prüfungspraxis entstanden. Die Lösungshinweise sind so strukturiert, wie sie im Grundstudium und im Examen erwartet werden. Dabei ist zu bedenken, dass der Umfang der Lösungshinweise nicht erwartet werden kann. Insoweit helfen aber die Lösungshinweise, den eigenen Argumentationshaushalt zu verbessern.

Das Werk beschränkt sich weiterhin auf den Pflichtstoff der Ersten juristischen Prüfung. In fast allen Juristenausbildungsgesetzen der Länder gehört das Arbeitsrecht, und zwar schon als Bestandteil des Bürgerlichen Rechts (§§ 611a–630 BGB), zum Pflichtfachstoff. § 11 Abs. 2 Nr. 6 JAG NRW bestimmt den Umfang des Prüfungstoffes wie folgt: „aus dem Arbeitsrecht im Überblick: Inhalt, Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis einschließlich der zugehörigen Regelungen aus dem Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht“ (siehe ähnlich in § 7 Nr. 2 h JAG Hessen, § 18 Abs. 2 Nr. 3 JAPO Bayern u.a.). Es ist mit diesen Formulierungen ein weithin bundesweiter Konsens über die Prüfungsinhalte im Arbeitsrecht festzustellen.

Problematisch ist freilich der Hinweis auf die „zugehörigen Regelungen aus dem Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht“. Bei extensiver Interpretation könnte so das gesamte Kollektivarbeitsrecht (mit Ausnahme des Arbeitskampfrechts) Prüfungstoff sein, weil etwa in eine individualarbeitsrechtliche Grundfrage (z.B. Entgeltanspruch oder Kündigung eines Arbeitsverhältnisses) schwierigstes „zugehöriges“ Kollektivarbeitsrecht eingearbeitet werden kann. Dies kann aber durch die Gesetzgeber der Juristenausbildungsgesetze nicht gewollt gewesen sein. Insofern finden sich in diesem Klausurenband keine Klausuren mit komplexeren kollektivarbeitsrechtlichen Fragestellungen. Zur systematischen Durchdringung des Stoffes sei auf das im selben Verlag erschienene Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 6. Aufl. 2019, verwiesen. In dem parallel erschienenen Band zum Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl. 2019, sind weitere Klausuren mit kollektivarbeitsrechtlichen Fragestellungen enthalten.

Das Werk gibt den Rechtsstand vom 1.9.2019 wieder.

Für Kritik und Anregungen aus dem Kreis der Leserinnen und Leser sind wir immer dankbar.
Köln, im September 2019

Ulrich Preis/Stephan Seiwerth

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	V
Konzeption	VII
Übersicht der Fälle und Rechtsfragen	IX
Literaturverzeichnis	XIII

Übersicht der Fälle und Rechtsfragen

Teil 1: Einführungsfälle mit Kernaspekten des prüfungsrelevanten Stoffs

Fall 1: „Tiefkühlfracht“	1
(Arbeitnehmerbegriff, Franchise-Nehmer als Arbeitnehmer)	
Fall 2: „Registrierte Trunkenheit“	7
(Arglistige Täuschung bei Einstellungsgespräch, Rückabwicklung des (vollzogenen) Arbeitsverhältnisses, Außer Funktion gesetztes Arbeitsverhältnis)	
Fall 3: „Kein Dienst, kein Wagen“	16
(AGB-Kontrolle eines arbeitsvertraglichen Widerrufsvorbehalts nach §§ 307 ff. BGB; Reichweite des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion nach § 306 Abs. 2 BGB in Arbeitsverträgen) (Arglistige Täuschung bei Einstellungsgespräch, Rückabwicklung des (vollzogenen) Arbeitsverhältnisses, Außer Funktion gesetztes Arbeitsverhältnis)	
Fall 4: „Schwerlast“	23
(Benachteiligungsverbot nach dem AGG; Verschweigen der Schwangerschaft im bestehenden Arbeitsverhältnis)	
Fall 5: „Die aufsässige Monteurin“	29
(Annahmeverzug, Entbehrlichkeit des Angebots, Maßregelungsverbot, allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz, Entstehen einer betrieblichen Übung)	
Fall 6: „Staplerfahrer Klaus“	40
(Arbeitnehmerhaftung, Haftungsmilderung im Arbeitsverhältnis, Bezugspunkt des Verschuldens, Haftung unter Arbeitskollegen und im gemeinsamen Betrieb, §§ 104 ff. SGB VII, Schmerzensgeld, Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber)	
Fall 7: „Examen erforderlich“	57
(Arbeitnehmerbegriff, Zugang der Kündigungserklärung, Abgrenzung betriebs-, verhaltens- und personenbedingter Kündigung)	

	Seite
Fall 8: „Ganzheitliche Begleitung“	69
(Zulassung verspäteter Klage nach § 5 KSchG, Zulässigkeit einer Kündigungsschutzklage, Zugang einer Kündigung während Urlaubsabwesenheit, verhaltensbedingte Kündigung, Nebentätigkeitsverbote, Mehrfachabmahnung)	

**Teil 2: Fälle, die Semesterabschlussklausuren waren
oder sein könnten**

Fall 9: „Das exklusive Wellnesshotel“	81
(Gesamtzusage, Sonderzahlungen, AGB-Kontrolle von Freiwilligkeitsvorbehalten, betriebliche Übung)	
Fall 10: „Loch in der Kasse“	93
(Arbeitnehmerhaftung für Kassenfehlstand, Inhaltskontrolle, Beweislast bei Arbeitnehmerhaftung, Aufhebungsvertrag, Widerrufsrecht eines Aufhebungsvertrags, Arbeitnehmer als Verbraucher, 40-Euro-Verzugskostenpauschale im Arbeitsrecht)	
Fall 11: „Unfall mit Folgen“	107
(Aufrechnung, Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung, Individualvereinbarung in AGB, Dispositivität der Arbeitnehmerhaftung, Haftung des Arbeitgebers für Eigenschäden des Arbeitnehmers, Kündigungsschutzklage, Dispositivität des § 622 BGB, Rechtsfolge zu kurz gesetzter Kündigungsfrist)	
Fall 12: „Ärger im Pharmavertrieb“	121
(Arbeitnehmerhaftung im Zweipersonenverhältnis bei Unfall mit Dienstfahrzeug, Außerordentliche Kündigung nach „Whistleblowing“, Pflichtverletzung des Arbeitgebers)	
Fall 13: „Verspätungen in der Konzernholding“	138
(Anwendbarkeit des KSchG, Kleinbetriebsklausel, Gemeinschaftsbetrieb, Berechnungsdurchgriff im Konzern, Anwendung des KSchG trotz Kleinbetrieb, Verhaltensbedingte Kündigung, ultima-ratio-Prinzip)	
Fall 14: „Überteuertes Gemüse“	150
(Außerordentliche Kündigung, Verdachtskündigung)	
Fall 15: „Vom Waldcafé zur Bauchtanzbar“	161
(Betriebsübergang, Widerspruch gegen Betriebsübergang, Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl bei Widerspruch gegen Betriebsübergang)	

**Teil 3: Fälle, die Examensklausuren waren
oder sein könnten**

Fall 16: „Der Low Performer“	175
(Kündigung wegen dauerhafter und erheblicher Minderleistung des Arbeitnehmers, Abgrenzung zwischen personen-, verhaltens- und betriebsbedingter Kündigung, Leistungsbegriff im Arbeitsverhältnis, Zugangsverständnis einer Willenserklärung)	

	Seite
Fall 17: „Produktionsdrosselung“	195
(Betriebsbedingte Kündigung, Zugang der Kündigungserklärung während Urlaubsabwesenheit und bei treuwidriger Zugangsvereitelung, Vorrang der Änderungs- vor einer Beendigungskündigung, auswahlrelevanter Personenkreis bei der Sozialauswahl)	
Fall 18: „Ausschlussfrist? Ich versteh nur Spanisch!“	216
(Arbeitsvertragsschluss in deutscher Sprache mit nicht sprachkundigem Arbeitnehmer, Zugang einer Willenserklärung unter Anwesenden, AGB-Kontrolle von Ausschlussfristen, Nichtausnahme des Mindestlohnanspruchs aus der Ausschlussfrist, Anfechtung eines in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnisses, Diskriminierung durch Sprachanforderungen im Arbeitsverhältnis, Diskriminierende Kündigung)	
Fall 19: „Hochstapler und Schichtwechsel in der Schönheitsklinik“	240
(Voraussetzungen des Erlasses eines Versäumnisurteils, Nichtigkeit nach § 134 BGB, fehlerhaftes Arbeitsverhältnis, Ausschluss der Saldierung nach § 817 S. 2 BGB, Anfechtbarkeit eines nichtigen Rechtsgeschäfts, Voraussetzungen einer Änderungskündigung)	
Fall 20: „Leere Versprechungen“	259
(Erhebung der Kündigungsschutzklage und Anwendbarkeit von § 4 KSchG, Ausschluss des Kündigungsrechts, Unwirksamkeit der Kündigung wegen AGG, Beweislast des § 22 AGG, Zugang der Kündigung am 24.12. und § 242 BGB, § 628 Abs. 2 BGB, Schadensersatz bei vorvertraglicher Pflichtverletzung; Verdienstausfall, Negatives und positives Interesse bei der Schadensberechnung)	
Fall 21: „Befristungen ohne Ende?“	276
(Entfristungsklage, Streitgegenstand der Entfristungsklage, sachgrundlose Befristung, Änderung von Vertragsbedingungen und sachgrundlose Befristung, vorübergehender Bedarf an Arbeitsleistung, Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, Abgrenzung Praktikum – Arbeitsvertrag, „Nachholung der Schriftform“ des § 14 Abs. 4 TzBfG)	
Anhang: Prüfungsschemata und Übersichten	299

Konzeption

Die Konzeption dieses Buchs

Dieses Buch dient einerseits dem Studium begleitend zu einer arbeitsrechtlichen Grundvorlesung, insbesondere dann, wenn keine begleitende Arbeitsgemeinschaft angeboten wird. Andererseits soll es auch dem effizienten Repetieren und der Vorbereitung auf das Examen dienen. Die Lösungsvorschläge sind ausformuliert und konzentrieren sich auf das, was von Prüfungsarbeiten im Pflichtfach noch erwartet werden könnte. **Probleme** werden weniger anhand einer klausuruntypischen Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur der vergangenen Jahrzehnte, sondern **vor allem durch normativ angebundene Argumente anhand der Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmethoden entfaltet**. Denn in Klausuren des Pflichtfachs Arbeitsrecht geht es erfrischenderweise weniger um die Reproduktion fremder Methode, sondern um die Kenntnis von Grundstrukturen bei Problembewusstsein im Übrigen. Die Nachweise sind bewusst reduziert, am Ende jedes Falls finden sich aber konkrete Hinweise auf die entsprechenden Stellen jeweils in einem kurzen und einem langen Lehrbuch. Über das, was man im Gutachten schreiben sollte und könnte hinausgehende Hinweise sind abgesetzt in Kästen dargestellt. Aus didaktischen Gründen sind die Lösungsvorschläge aber meist ausführlicher als das, was in der Klausursituation geleistet werden könnte. **Zusammengenommen können die Kästen als grundlegendes Repetitorium verwendet werden**. Im Wesentlichen entsprechen sie dem, was in einem kompakten arbeitsrechtlichen Repetitorium gelehrt werden könnte. Inhaltlich decken die Fälle den Kern der prüfungsrelevanten Materie ab. Die 21 Fälle teilen sich daher auf in:

1. Fälle 1–8 zum Erlernen und Wiederholen der Grundlagen. Kernfragen des Individualarbeitsrechts sind (1) Arbeitnehmerbegriff, (2) Mängel des Arbeitsvertrags, (3) AGB-Kontrolle des Arbeitsvertrags, (4) Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, (5) Lohn ohne Arbeit, (6) Besonderheiten der Haftung, (7) Kündigung und (8) Kündigungsschutzklage. Die Fälle hier sind Einführungsfälle mit wenigen Problemen und einer spezifischen Frage. Die erläuternden Kästen befassen sich mit Kernaspekten des Stoffs.

2. Fälle 9–15 sind Fälle, die eine **Semesterabschlussklausur der Grundvorlesung Arbeitsrecht** (oder auch ein größerer AG-Fall) sein könnten¹ oder waren. Die Fälle hier zeichnen aus, dass sie Probleme aus mehreren Teilbereichen des Individualarbeitsrechts schon komplexerer Art enthalten und dass eine Bearbeitung unter Klausurbedingungen in 120 Minuten erwartet würde. Würden diese Fälle mit Elementen anderer Semesterabschlussklausuren angereichert, hätten diese Fälle größtenteils schon Examensniveau. Die erläuternden Kästen befassen sich zum Teil mit einer Vertiefung des Stoffs, zum Teil mit alternativen Lösungsmöglichkeiten.

3. Fälle 16–21 sind Fälle, die **Examensklausuren** sein könnten oder waren. Die Fälle hier zeichnet die Vielzahl an Problemen aus mehreren Teilbereichen komplexerer Art und zum Teil eine Verzahnung mit Problemen des allgemeinen Zivilrechts oder des Zivilprozessrechts aus. Eine Bearbeitung würde in 5 Stunden erwartet werden, Ausschnitte wären auch als Se-

¹ Es wurden nicht ausschließlich Original-Semesterabschlussklausuren verwendet, um innerhalb dieses Buchs eine vollständigere thematische Abdeckung zu erreichen.

mesterabschlussklausur oder größerer AG-Fall geeignet. Die erläuternden Kästen und in kursiv gesetzten Bemerkungen befassen sich zu einem kleineren Teil mit einer Vertiefung des Stoffs, größtenteils mit alternativen Lösungsmöglichkeiten und klausurtaktischen Hinweisen.

Die **Schemata und Übersichten** am Ende des Buchs dienen dem schnellen Wiederholen des Stoffs.

Fall 5 „Die aufsässige Monteurin“

A. Falldarstellung

G betreibt ein Unternehmen, das den Auf- und Abbau, die Bedienung und die Wartung von Spezialkränen, die vor allem auf Großbaustellen eingesetzt werden, vornimmt. G beschäftigt hierfür 50 Monteurinnen und Monteure. Darunter befindet sich auch die Monteurin N. Da es in der letzten Zeit in der Bauwirtschaft ein Überangebot gibt, muss G ihre Preise senken, um an Aufträge zu kommen. Deshalb verschickt G ein Rundschreiben an ihre Monteure, in dem sie ihnen die Auftragslage darlegt. Laut Rundschreiben führe die katastrophale Auftragslage unweigerlich zu betriebsbedingten Kündigungen von Monteuren, die nur dadurch verhindert werden könnten, dass im Montagebereich die Stundenlöhne um 10 % gesenkt werden. Daher schlägt G den Monteuren eine dementsprechende Vertragsänderung vor, die Ende September 2019 von allen Monteuren bis auf N angenommen wird.

Ab dem 16.10.2019 setzt G die N nur noch mit 31,5 Wochenstunden ein, während die anderen Monteure, die das Vertragsänderungsangebot angenommen haben, im Durchschnitt 40 Wochenstunden von G zugewiesen bekommen. Da N gerade ein Haus gebaut und die volle Arbeitsvergütung nebst Überstundenvergütung für die Finanzierung eingeplant hat, verlangt sie mehrmals von G, ebenfalls 40 Wochenstunden beschäftigt zu werden. N bleibt sogar nach Ende der ihr zugewiesenen (kurzen) Schicht von 31,5 Stunden/Woche täglich etwas länger auf den Baustellen, auf denen sie beschäftigt wird, und wartet auf Anweisungen der G, dass auch sie Überstunden oder zumindest die volle Stundenzahl leisten soll. G lehnt die Anordnung von Überstunden aber ab, mit dem Hinweis, dass 35 Wochenstunden in gleichen Teilen von Montag bis Freitag der im Arbeitsvertrag festgelegten Wochenarbeitszeit entsprechen. Außerdem habe N mit der Nichtannahme des Änderungsangebots gezeigt, dass sie im Gegensatz zu allen anderen Monteuren nicht an der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens interessiert sei, daher bräuchte sie weder damit zu rechnen, Überstunden zugewiesen zu bekommen, noch damit, dass sie auch nur die arbeitsvertraglich vorgesehenen 35 Stunden eingesetzt würde. Wenn sie der notwendigen Lohnsenkung nicht zustimmen wollte, müssten die 10 % Lohnkosten bei ihr eben durch eine Reduktion der Arbeitszeit umgesetzt werden.

Frage 1: Hat N gegen G einen Anspruch auf Zahlung von Lohn für die nicht eingesetzten 3,5 Stunden/Woche (Differenz von 35 und 31,5)?

Frage 2: Hat N gegen G einen Anspruch auf Zahlung der nicht zugeteilten Überstunden?

Schwierigkeitsgrad: Etwas schwierigerer Einführungsfall zum Komplex „Lohn ohne Arbeit“ und zur „betrieblichen Übung“

Rechtsfragen: Annahmeverzug, Entbehrlichkeit des Angebots, Maßregelungsverbot, allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz, Entstehen einer betrieblichen Übung

B. Lösungsskizze

I. Frage 1 – Anspruch auf Zahlung der Vergütung für die 3,5 Stunden pro Woche

AGL: § 611a BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag

1. Anspruchsuntergang nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB
 - Arbeitsleistung als absolutes Fixgeschäft; Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit
2. Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs gemäß § 615 S. 1 BGB – Annahmeverzug der G
 - a) Erfüllbarkeit (+)
 - b) Ordnungsgemäßes Angebot (+)
 - c) Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft gemäß § 297 BGB (+)
 - d) Nichtannahme der Leistung (+)
3. Ergebnis: Vergütungsanspruch besteht

II. Frage 2 – Anspruch auf Zahlung einer Vergütung für die nicht zugeteilten Überstunden

AGL: §§ 611a Abs. 2, 612 Abs. 1, 615 S. 1 BGB

1. Annahmeverzug der G gemäß § 615 S. 1, §§ 293 ff. BGB
 - a) Angebot der Arbeitsleistung gemäß § 294 BGB (+)
 - b) Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft gemäß § 297 BGB (+)
 - c) Nichtannahme der Leistung – Teilweiser Annahmeverzug
 - aa) Verpflichtung aus betrieblicher Übung (–)
 - Überstundenanordnung nach objektivem Empfängerhorizont nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und damit untauglich für das Entstehen einer betrieblichen Übung
 - bb) Verpflichtung aus § 612a BGB (+)
 - (1) Benachteiligung der N
 - (2) Gebrauchmachen ihrer Rechte in zulässiger Weise
 - (3) Ursächlichkeit der Rechtsausübung für die Maßregelung
 - (4) Zwischenergebnis: Verstoß gegen das Maßregelungsverbot führt zu Verpflichtung, die N 40 Stunden zu beschäftigen
 - cc) Verpflichtung aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (+)
 - (1) Kollektive Maßnahme
 - (2) Schlechtere Behandlung der N

- (3) Kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung
- Nichtannahme des Änderungsangebotes als sachfremdes und untaugliches Kriterium für die Ungleichbehandlung
 - Unangemessene Einschränkung der Vertragsfreiheit der N

2. Ergebnis: Anspruch auf Überstundenvergütung (+)

C. Lösungsvorschlag

I. Frage 1 – Anspruch auf Zahlung der Vergütung für die 3,5 Stunden/pro Woche

N könnte gegen G einen Anspruch auf Vergütung der arbeitsvertraglich vorgesehenen Wochenarbeitszeit von (weiteren) 3,5 Stunden/pro Woche aus § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag haben. Der Anspruch ist entstanden.

1. Anspruchsuntergang nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

N hat die 3,5 Stunden aber nicht gearbeitet. Bei der Arbeitsleistung handelt es sich um eine absolute Fixschuld, sodass bei Nichtleistung zu dem bestimmten Zeitpunkt Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB eintritt. Der Anspruch auf Vergütung als Gegenleistung für die Arbeitsleistung ist daher nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB untergegangen.

■ **Kontext:** Zentral für die Lösung von allen Fällen, in denen der Arbeitnehmer Lohn verlangt, obwohl er nicht gearbeitet hat, ist das Verständnis der Einordnung in das allgemeine Schuldrecht. Die Arbeit eines Arbeitnehmers (insbesondere, wenn er in größere Produktionsabläufe eingebunden ist) kann nämlich in aller Regel nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden, weil sie dann eine andere Arbeit ist. Grundsätzlich ist die **Arbeitsleistung** daher eine **absolute Fixschuld**, sodass bei Nichterbringung Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB eintritt. Arbeitet der Arbeitnehmer also nicht, obwohl er in einem bestimmten Zeitraum eigentlich sollte, wird die Erbringung dieser Arbeit nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Das heißt dann aber nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf die **Gegenleistung**, also die Vergütung durch den Arbeitgeber, **entfällt**. Das bezeichnet man (ohne dass aus der Bezeichnung etwas Konkretes folgen würde) als Grundsatz „**Kein Lohn ohne Arbeit**“. Das Arbeitsrecht kennt einige Ausnahmen von dem Grundsatz des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach § 615 S. 1 BGB

Eine Ausnahme vom Wegfall des Vergütungsanspruchs bei Nichterbringung der Arbeitsleistung besteht, wenn sich der Arbeitgeber im Verzug mit der Annahme dieser Arbeit befand, § 615 S. 1 BGB. § 615 S. 1 BGB regelt dabei nicht selbst die Voraussetzungen des Annahmeverzugs, sondern nimmt auf §§ 293 ff. BGB Bezug.

■ **Kontext:** Der Annahmeverzug des Arbeitgebers, der nach § 615 S. 1 BGB zur Aufrechterhaltung des Lohnanspruchs trotz Nichtleistung führt, richtet sich nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts in §§ 293 ff. BGB, liegt also vor bei (1) Erfüllbarkeit (2) einem ordnungsgemäßen **Angebot** des Arbeitnehmers, §§ 294–296 BGB, (3) der **Möglichkeit** der Arbeitsleistung (§ 297 BGB), (4) der **Nichtannahme** der Arbeitsleistung.

a) Erfüllbarkeit

Nach dem Arbeitsvertrag teilt sich die tägliche Arbeitszeit auf in 1/5 der Wochenarbeitszeit von 35 Stunden. Im Anschluss an die kürzere Tätigkeit der N ist die zusätzliche Arbeitsleistung daher vertraglich erbring – und somit erfüllbar.

b) Ordnungsgemäßes Angebot

Gemäß § 294 BGB muss N der G ihre Arbeitsleistung tatsächlich anbieten. N blieb hier nach Ende ihrer (kurzen) Schicht stets etwas länger auf den Baustellen, damit G sie mit der vollen vertraglichen Stundenzahl beschäftigt. Sie hat ihre Arbeitsleistung daher im Sinn von § 294 BGB daher zur richtigen Zeit, am richtigen Ort und in der richtigen Art angeboten.

■ **Kontext:** § 294 BGB enthält das „**tatsächliche Angebot**“, nach dem die Arbeitsleistung so, wie sie geschuldet ist, also persönlich (§ 613 BGB), zur richtigen Zeit, am richtigen Ort in der richtigen Art¹ anzubieten ist. Das setzt üblicherweise voraus, dass der Arbeitnehmer persönlich zur richtigen Zeit an der richtigen Arbeitsstätte die Arbeitsaufnahme anbietet und ist der Grundsatz im laufenden Arbeitsverhältnis.² Erklärt der Arbeitgeber, er werde die Leistung nicht annehmen oder ist zur Bewirkung der Arbeitsleistung eine Handlung des Arbeitgebers erforderlich, genügt nach § 295 BGB ein **wörtliches Angebot**. Der praktisch wichtigste Fall ist hier das gekündigte Arbeitsverhältnis (nach Ablauf der Kündigungsfrist, vorher § 294 BGB). Durch die Kündigung zu einem bestimmten Termin erklärt der Arbeitgeber konkludent, er werde die Arbeitsleistung danach nicht annehmen. Erhebt der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage, gibt er dadurch konkludent auch das wörtliche Angebot ab, die Arbeitsleistung weiter erbringen zu wollen.³ Das BAG wendet im Fall der Kündigung, die sich später als unwirksam herausstellt, darüber hinaus § 296 BGB an, wonach ein **Angebot entbehrlich** ist, wenn der Arbeitgeber eine nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung (hier: Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes) nicht vornimmt.⁴ Der Unterschied zu dem Weg nach § 295 BGB ist vor allem die Behandlung des Zeitraums vom (sofortigen) Ende des Arbeitsverhältnisses im Fall einer, wie sich später herausstellt, unwirksamen fristlosen Kündigung bis zur Erhebung der Kündigungsschutzklage – erst danach würde nach § 295 BGB Annahmeverzug eintreten.

1 BAG 28.6.2017 NZA 2017, 1528 Rn. 21.

2 BAG 15.5.2013 NZA 2013, 1076 Rn. 22.

3 BAG 27.1.1975 NJW 1975, 1335, 1336.

4 BAG 25.2.2015 NZA 2015, 494 Rn. 41.

c) Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft gemäß § 297 BGB

Ferner müssen die Voraussetzungen der Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers gemäß § 297 BGB vorliegen. Die Leistungsfähigkeit ist z.B. ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist. Im vorliegenden Fall gibt es keine Anhaltspunkte für eine Leistungsunfähigkeit. Ihre Leistungsbereitschaft hat N außerdem durch das mehrmalige Angebot zur Überstundenleistung unter Beweis gestellt.

■ **Kontext:** Die Prüfung des § 615 S. 1 BGB bei Nichterbringung der Arbeit ist nach dem System des Schuldrechts an sich systemwidrig. Dies resultiert daraus, dass der Annahmeverzug voraussetzt, dass dem Schuldner die Leistung überhaupt noch möglich ist, § 297 BGB. Denn wer nicht mehr leisten kann, kann einem anderen nicht vorwerfen, die Leistung nicht entgegen genommen zu haben. Aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung ist bei Nichtleistung jedoch fast immer ein Fall der Unmöglichkeit gegeben. So bestünde für die Regelung des § 615 S. 1 BGB eigentlich kein Anwendungsfall, denn Annahmeverzug setzt stets Möglichkeit, und damit die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung voraus. Die Bedeutungslosigkeit von § 615 S. 1 BGB ist aber offensichtlich nicht gewollt. Nach der herrschenden Abstrahierungstheorie, die auch das BAG anwendet, liegt Annahmeverzug vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung anbietet, der Arbeitgeber diese jedoch nicht entgegen nehmen will, obwohl er dies könnte (sog. **Annahmewilligkeit**).⁵ Hat der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung angeboten, kann der Arbeitgeber diese trotz Annahmefähigkeit aber nicht entgegen nehmen (sog. **Annahmefähigkeit**), liegt hingegen Unmöglichkeit vor und Annahmeverzug scheidet aus. In Fällen der Unmöglichkeit bleibt freilich, an eine mögliche Anspruchserhaltung nach § 615 S. 3 BGB zu denken (dazu unten). Eine Diskussion dieses Problems führt auch das BAG nicht immer durch, in der Falllösung kann sie regelmäßig unterbleiben.

d) Nichtannahme der Leistung

G hat die weiteren 3,5 Stunden pro Woche auch nicht angenommen.

3. Ergebnis

G befand sich hinsichtlich der weiteren 3,5 Stunden Arbeitsleistung der N im Annahmeverzug. Trotz der Nichtleistung dieser Arbeitsstunden durch N ist der Vergütungsanspruch damit nicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB untergegangen, sondern wird nach § 615 S. 1 BGB aufrechterhalten.

■ **Kontext:** Der hier vorgestellte **Annahmeverzug des Arbeitgebers nach § 615 S. 1, 2 BGB** ist der häufigste Klausurfall der Aufrechterhaltung des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers, obwohl er nicht gearbeitet hat, die Pflicht zur (rechtzeitigen) Arbeitsleistung also nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden ist und entsprechend die Vergütungspflicht des Arbeitgebers nach § 326 Abs. 1 BGB entfällt. Andere relevante Ausnahmen von diesem Wegfall der Vergütungspflicht, die also zur Aufrechterhaltung des Lohn-

⁵ BAG 24.11.1960 NJW 1961, 381.

anspruchs führen, sind: (1) Fälle in denen der Arbeitgeber das **Betriebsrisiko** trägt, § 615 S. 3 BGB, damit gemeint sind Fälle, in denen die Arbeitsleistung aufgrund betrieblicher Risiken des Arbeitgebers nicht erbracht wird (Bsp.: Stromausfall, Rohstoffmangel, schlechtes Wetter auf dem Bau); (2) **Verhinderung aus persönlichen Gründen** für kurze Zeit nach § 616 BGB (Behördengang, Gerichtstermin, familiäre Ereignisse); (3) § 3 Abs. 1 EFZG (Entgeltfortzahlungsgesetz) in Fällen, in denen der Arbeitnehmer arbeitsunfähig **krank** ist; (4) **Feiertage** nach § 2 EFZG; (5) **Erholungsurlaub** nach § 11 BUrlG.

II. Frage 2 – Anspruch auf Zahlung einer Vergütung für die nicht zugeteilten Überstunden

N hat für die 5 Überstunden, für die sie Vergütung verlangt, keine Arbeitsleistung erbracht. Ein Anspruch auf Vergütung nach §§ 611a Abs. 2, 612 Abs. 1 BGB besteht daher nicht. Eine Vergütungspflicht der G kommt somit nur unter den Voraussetzungen des Annahmeverzugs der G in Betracht. N könnte daher einen Anspruch auf Vergütung der ab dem 16.10.2019 nicht mehr zugeteilten Überstunden nach §§ 611a Abs. 2, 612 Abs. 1, 615 S. 1 BGB haben.

■ **Hinweis:** Ist im Arbeitsvertrag nichts zur Vergütung von Überstunden geregelt, gilt eine Grundvergütung für die Überstunden (üblicher Stundenverdienst) grds. gemäß § 612 BGB als stillschweigend vereinbart.

1. Annahmeverzug des G gemäß § 615 S. 1, §§ 293 ff. BGB

Es müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des Annahmeverzugs vorliegen. Hier kommt ein sog. teilweiser Annahmeverzug in Bezug auf die nicht zugewiesenen Überstunden in Betracht. Das Vorliegen eines Annahmeverzugs bestimmt sich nach dem allgemeinen Schuldrecht, §§ 293 ff. BGB.

a) Angebot der Arbeitsleistung gemäß § 294 BGB

Gemäß § 294 BGB muss N der G ihre Arbeitsleistung tatsächlich anbieten. N hat hier mehrmals von G verlangt, dass sie ihr wie den anderen Monteuren Überstunden zuweist. Sie ist sogar noch länger am Arbeitsplatz geblieben, damit G ihr doch noch Überstunden zuweist.

b) Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft gemäß § 297 BGB

Ferner muss die Voraussetzung der Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers gemäß § 297 BGB vorliegen. Im vorliegenden Fall gibt es keine Anhaltspunkte für eine Leistungsunfähigkeit. Ihre Leistungsbereitschaft hat N außerdem durch das mehrmalige Angebot zur Überstundenleistung unter Beweis gestellt.

c) Nichtannahme der Leistung – Teilweiser Annahmeverzug

G muss mit der Annahme der Arbeitsleistung der N in Verzug gekommen sein. 31,5 Stunden hat die G aber angenommen, hinsichtlich weiterer 3,5 befand sie sich, wie gezeigt, im Annahmeverzug. Ein darüberhinausgehender Annahmeverzug kommt nur in Betracht, wenn G zur Zuweisung der Überstunden an N verpflichtet ist. Ist das nicht der Fall, hat die G durch die Nichtannahme weiterer Arbeitsleistung auch keine Obliegenheit verletzt.

[Das kann auch unter dem Punkt „Erfüllbarkeit geprüft werden.]

aa) Verpflichtung aus betrieblicher Übung

■ **Kontext:** Eine „betriebliche Übung“ wird meist als Rechtsquelle aufgefasst, die Anspruchsgrundlage in den Fällen sein soll, in denen der Arbeitnehmer eine Leistung verlangt, die schon über eine längere Zeit, meist ohne Grundlage im schriftlichen Arbeitsvertrag, vom Arbeitgeber gewährt wurde, die der Arbeitgeber aber in der Zukunft nun nicht mehr gewähren will. Das üblichste Beispiel ist die Zahlung von Weihnachtsgeld. Durch die mehrmalige Wiederholung soll Rechtsbindung eintreten. Teilweise wird ganz losgelöst von der Rechtsgeschäftslehre behauptet, Grundlage einer solchen betrieblichen Übung sei ein „schützenswertes Vertrauen“ des Arbeitnehmers in die Fortsetzung der Leistungsgewährung („**Vertrauens**theorie“).⁶ Das BAG meint dagegen: „Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Dieses als Vertragsangebot zu wertende Verhalten des Arbeitgebers wird von den Arbeitnehmern durch widerspruchslose Inanspruchnahme der Leistung angenommen. Der Zugang der Annahmeerklärung ist gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich. Durch die betriebliche Übung erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen“⁷ („**Vertrags**theorie“). Das geht, weil das BAG nicht ohne Lücke rechtsfortbildend eine Vertrauenshaftung schafft, in die richtige Richtung, aber nicht weit genug. Denn bei einer Lösung über die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre ist mit dem Begriff der „betrieblichen Übung“ kein Mehrwert verbunden, die entsprechenden Phänomene schlicht als Fall der **konkludenten Vertragsänderung** zu verstehen.⁸ Für die Falllösung ist dieser Streit regelmäßig entbehrlich, weil die Umstände, die für ein konkludentes Vertragsangebot sprechen, dieselben sind, die ein schutzwürdiges Vertrauen begründen sollen.

Eine Verpflichtung der G zur Zuweisung von Überstunden könnte in einer betrieblichen Übung begründet sein. Die betriebliche Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung auf Dauer eingeräumt werden.

■ **Kontext:** Die Feststellung, ob der Arbeitgeber konkludent ein Angebot auf Änderung des Arbeitsvertrags abgegeben hat, wobei der Zugang der Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich ist (das wird allgemein nur bei lediglich rechtlich vorteilhaften

6 Grundlegend *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 387 ff.

7 BAG 20.5.2008 NZA 2008, 1232 Rn. 12.

8 *Preis/Genenger*, JbArbR 2010, S. 93.

Rechtsgeschäften angenommen,⁹ also einer Verbesserung der Position des Arbeitnehmers), kann u.a. anhand folgender Kriterien getroffen werden (immer geht es nach §§ 133, 157 BGB um die **Feststellung eines Willens des Arbeitgebers zur Vertragsänderung mit Bindungswillen für die Zukunft**, nach anderer Lösung: der Schaffung eines „Vertrauenstatbestands“): Begünstigende Leistung, wiederkehrende Gewährung (bei Weihnachtsgeld hat das BAG dreimalige Gewährung für ausreichend gehalten), ohne Vorbehalt bei der Gewährung, nicht im öffentlichen Dienst (Arbeitnehmer könnten hier nicht damit rechnen, dass der öffentliche Arbeitgeber mehr als in der Vergütungsordnung vorgesehen gewähren will). Weitere Voraussetzungen, die das BAG bei der überkommenen betrieblichen Übung als eigenständige Anspruchsgrundlage genannt hat – nämlich „freiwillige“ Leistungserbringung und Kollektivbezug – sind entbehrlich. Wäre der Arbeitgeber schon durch den ursprünglichen Vertrag zur Leistung verpflichtet, wäre die Prüfung einer Vertragsänderung, mit der eine solche Verpflichtung entsteht, überflüssig. Die – unklare – Voraussetzung des Kollektivbezugs diene der Abgrenzung zu einer Individualvereinbarung. Es sollte darauf ankommen, dass der Arbeitgeber allen Mitarbeitern die Leistung gewährt. Nun wird die betriebliche Übung aber gerade als Individualvereinbarung angesehen, insofern ist ein Kollektivbezug obsolet. Ob der Arbeitgeber die Leistung allen Mitarbeitern oder nur einem zahlt, spielt für die Prüfung einer individualvertraglichen Änderung keine Rolle.

Im vorliegenden Fall geht es um die Zuweisung von Überstunden. Für N sind diese Überstunden eine Vergünstigung, da sie die Überstundenvergütung bereits eingeplant hat. Nach dem objektiven Empfängerhorizont, §§ 133, 157 BGB, handelt es sich bei der Anordnung von Überstunden aber nicht um eine Vergünstigung für die Arbeitnehmer. Primärer Zweck einer Überstundenanordnung ist es ersichtlich, den Anforderungen der Kunden gerecht zu werden und einen höheren Arbeitsanfall zu bewältigen, ohne Neueinstellungen vornehmen zu müssen. Überstunden werden nicht angeordnet, um Arbeitnehmern die Vergünstigung zu gewähren, einen höheren Lohn zu erhalten, sondern sie werden aus wirtschaftlichen Erwägungen angeordnet. Nach dem objektiven Empfängerhorizont hat die G mit der Anordnung von Überstunden an ihre Monteure damit kein Angebot abgegeben, deren Arbeitsverträge auf Dauer zu ändern. Somit ergibt sich keine Verpflichtung zur Anordnung von Überstunden aus einer betrieblichen Übung.

bb) Verpflichtung aus § 612a BGB

Es könnte sich aus § 612a BGB eine Verpflichtung der G zur Zuweisung von Überstunden aufgrund eines Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot ergeben. § 612a BGB verbietet dem Arbeitgeber die Benachteiligung von Arbeitnehmern, die in zulässiger Weise von ihren Rechten Gebrauch machen. Dabei ist jede Benachteiligung verboten, also auch die mittelbare Benachteiligung. Darunter fällt auch die Nichtgewährung von Vorteilen, die der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern gewährt, wenn diese ihre entsprechenden Rechte nicht ausgeübt haben.

(1) Benachteiligung der N

Zunächst muss N durch eine Maßnahme des G benachteiligt sein. Der Begriff der Maßnahme ist mit Blick auf den Schutzzweck des § 612a BGB weit zu verstehen. Maßnahme im Sinn des § 612a BGB kann auch die Nichtzuweisung von Überstunden sein. Die Nicht-

⁹ BGH 14.10.2003 NJW 2004, 287, 288; MüKo BGB/*Busche* BGB § 151 Rn. 5.

zuweisung von Überstunden muss demnach eine Benachteiligung des G gegenüber den restlichen Arbeitnehmern darstellen. Hier ist nun – im Unterschied zur Prüfung der betrieblichen Übung – auf die Wirkung abzustellen, die bei N eintritt. Für N ist die Überstundenvergütung ein wichtiger Bestandteil ihres Einkommens, den sie fest eingeplant hat. Diese Überstundenvergütung erhalten alle anderen Arbeitnehmer, da sie die Überstunden zugewiesen bekommen, nur nicht N. Daher wird N gegenüber ihren Kollegen benachteiligt.

(2) Gebrauchmachen ihrer Rechte in zulässiger Weise

Weiterhin muss N in zulässiger Weise von ihren Rechten Gebrauch gemacht haben. Die Ausübung von Rechten kann sich hier nur auf die Ablehnung des Änderungsangebots der G beziehen. Das von G unterbreitete Angebot umfasst eine starke Verringerung der vertraglich geschuldeten Vergütung. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, ein solches Änderungsangebot anzunehmen. N hat vielmehr zulässigerweise von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch gemacht und das Änderungsangebot nicht angenommen.

(3) Ursächlichkeit der Rechtsausübung für die Maßregelung

Die Rechtsausübung muss ferner für die Maßregelung ursächlich sein, d.h. die Annahmeverweigerung des Änderungsangebots muss der Grund für die Nichtzuweisung der Überstunden sein. G gibt selbst als Grund an, dass N wohl nicht an der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens interessiert sei, weil sie nicht das Änderungsangebot angenommen hat. Auch die zeitliche Nähe zwischen der Annahmeverweigerung (Ende September 2019) und Beginn der Nichtzuweisung von Überstunden (Mitte Oktober 2019) deutet auf einen Ursachenzusammenhang zwischen der Rechtsausübung und der Maßregelung hin. Somit ist davon auszugehen, dass die Annahmeverweigerung für die Ausnahme von der Überstundenzuweisung ursächlich ist.

(4) Zwischenergebnis

G hat gemäß § 612a BGB gegen das Maßregelungsverbot verstoßen. Rechtsfolge dieses Verstoßes ist, dass N so behandelt werden muss, wie sie ohne die Maßregelung stünde. Es besteht somit für G eine Verpflichtung, N wie die anderen Arbeitnehmer mit einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden zu beschäftigen.

cc) Verpflichtung aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

Eine Verpflichtung des G zur Zuweisung von Überstunden an N kann sich weiterhin aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nicht nur die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern, sondern auch die sachfremde Differenzierung zwischen Arbeitnehmern einer bestimmten Ordnung.

■ **Kontext:** Der **allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz** im Arbeitsrecht war schon vor dem Inkrafttreten des AGG anerkannt. Anders als das AGG knüpft er nicht an einzelne Diskriminierungsmerkmale an, sondern gebietet (ähnlich wie Art. 3 Abs. 1 GG), dass der Arbeitgeber Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt, verboten wird also eine willkürliche (ohne sachlichen Grund) erfolgende Gruppenbildung. Rechtsgrundlage ist nach wohl h.M. die **gewohnheitsrechtliche Umsetzung des Art. 3 Abs. 1 GG**, andere Vorschläge sind die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers oder allgemein Treu und Glauben, § 242 BGB, im Arbeitsverhältnis. Voraussetzung ist, dass (1) ein **Arbeit-**

nehmer innerhalb seines Arbeitsverhältnisses (2) bei **einer kollektiven Maßnahme** (Arbeitgeber stellt abstrakte Regel auf, nach der er Arbeitnehmer behandelt oder bildet hierzu Gruppen) (3) **schlechter behandelt** wird als andere, vergleichbare Arbeitnehmer und (4) die Ungleichbehandlung auf **sachfremden oder willkürlichen Kriterien** beruht (also wenn kein sachlicher Grund vorliegt). Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit von benachteiligenden Maßnahmen des Arbeitgebers und der Anspruch auf Gleichbehandlung bei begünstigenden Regelungen („Anpassung nach oben“).

(1) Kollektive Maßnahme

Bei der Zuweisung der Überstunden muss es sich um eine kollektive Maßnahme der G handeln. Eine kollektive Maßnahme liegt vor, wenn die umstrittene Maßnahme ein generalisierendes Prinzip erkennen lässt. G ordnet die Überstunden für 49 Monteure und damit alle außer N an, somit handelt es sich auch unproblematisch um eine kollektive Maßnahme.

(2) Schlechtere Behandlung der N

Für die Beurteilung einer Ungleichbehandlung ist zunächst eine Vergleichsgruppe zu bilden. Welche Aspekte für die Gruppenbildung ausschlaggebend sind und v.a. auf welches zahlenmäßige Verhältnis abzustellen ist, ist bisher noch ungeklärt. Jedenfalls aber die 49 anderen Monteure der G können eine Vergleichsgruppe bilden, da hier die 49 Monteure nur einer Monteurin gegenüberstehen. Diesen Monteuren werden im Unterschied zu N auch regelmäßig Überstunden zugewiesen. Somit liegt eine Ungleichbehandlung vor.

Weiterhin muss N aufgrund der nicht zugewiesenen Überstunden schlechter behandelt werden als die übrigen Monteure. Bezüglich der Schlechterbehandlung ist auf die konkrete Auswirkung der Maßnahme des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer abzustellen. Zwar bedeuten Überstunden zunächst weniger Freizeit. Aber im vorliegenden Fall sind die Überstunden für N gerade eine Vergünstigung, da sie auf die Überstundenvergütung angewiesen ist. Dies wird auch daran deutlich, dass N die G mehrmals um die Zuweisung von Überstunden bittet. Somit wird N aufgrund der Nichtzuweisung von Überstunden schlechter behandelt als ihre Kollegen.

(3) Kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung

Grund der Differenzierung ist hier die Nichtannahme des Änderungsangebots durch G (s.o.). Als Rechtfertigung für die Differenzierung könnte man hier anführen, dass es bei dem Änderungsangebot, das N nicht unterschrieben hat, darum geht, Kündigungen zu verhindern und das Unternehmen wieder wettbewerbsfähig zu machen. Im Falle der Annahme einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung würde N indirekt doch wieder unter Druck gesetzt, das Änderungsangebot anzunehmen. Dadurch würde aber ihre Vertragsfreiheit sehr eingeschränkt. Daher ist die Nichtannahme des Änderungsangebotes ein sachfremdes Kriterium für die Ungleichbehandlung, diese ist also nicht gerechtfertigt.

2. Ergebnis

G befindet sich bezüglich der nicht zugewiesenen Überstunden im Annahmeverzug gemäß § 615 S. 1, §§ 293 ff. BGB. Daher hat N gegen G einen Anspruch auf Zahlung der Überstundenvergütung der ab Mitte Oktober 2019 im Vergleich zu den anderen Monteuren nicht zugewiesenen Überstunden gemäß §§ 611a, 615 S. 1, §§ 293 ff. BGB.

■ **Zur Vertiefung:** Zum Schicksal des **Lohnanspruchs bei Nichtleistung** der Arbeit s. *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht Rn. 214–217; *Preis/Temming*, Individualarbeitsrecht Rn. 2013–2032. Zum **Annahmeverzug** des Arbeitgebers, zur **Betriebsrisikolehre** (§ 615 BGB) sowie zur **Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen** (§ 616 BGB) s. *Junker* Rn. 271–276 und 289–293; *Preis/Temming* Rn. 2033–2113. Zum arbeitsrechtlichen **Gleichbehandlungsgrundsatz** s. *Junker* Rn. 52–53; *Preis/Temming* Rn. 1445–1490. Zur **betrieblichen Übung** s. *Junker* Rn. 70–75; *Preis/Temming* Rn. 680–706.