

Aktenzeichen: 2 AZR 197/91

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 16. Oktober 1991

- 2 AZR 197/91 -

I. Arbeitsgericht

Köln

Urteil vom 08. November 1989

- 9 Ca 2226/89 -

II. Landesarbeitsgericht

Köln

Urteil vom 13. Februar 1991

- 7 Sa 48/90 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten;
Umdeutung

Gesetz:

BGB § 626; SchwBG 1986 § 21, § 18

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



2 AZR 197/91

7 Sa 48/90 Köln

Verkündet am:
16. Oktober 1991

Noll,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 1991 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Rost sowie den ehrenamtlichen Richter Thieß und die ehrenamtliche Richterin Nipperdey für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Köln vom 13. Februar 1991
- 7 Sa 48/90 - wird auf ihre Kosten zurückgewie-
sen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außeror-
dentlichen Kündigung.

Der 1939 geborene Kläger war seit dem 1. Juli 1980 als tech-
nischer Leiter bei der Beklagten angestellt. Der Anstellung zu-
grunde lag ein unter dem 29. August 1980 abgeschlossener schrift-
licher Arbeitsvertrag. Dem Kläger war Prokura erteilt. Sein Mo-
natsgehalt betrug zuletzt 7.347,-- DM nebst Nebenleistungen. Der
Kläger ist schwerbehindert. Gemäß Bescheid vom 10. November 1982
beträgt der Grad der Behinderung 60/100.

Die Beklagte befaßt sich mit der Herstellung von Fahrzeug-
aufbauten. Sie beschäftigte zeitweilig ca. 250 Arbeitnehmer. Am
23. April 1987 wurde die Liquidation beschlossen, nachdem ein
Konkursantrag mangels Masse abgewiesen worden war. Die Zahl der
Mitarbeiter wurde auf ca. 100 reduziert. Der Kläger wurde ab
12. Mai 1987 durch den Liquidator von der Arbeit freigestellt bei
gleichzeitigem Entzug der Prokura. Die Beklagte zahlte ihm kein
Arbeitsentgelt mehr. Am 1. Oktober 1987 trat der Kläger ein Ar-
beitsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber an mit einem monat-
lichen Verdienst von 7.708,33 DM.



Nach vorher eingeholter Zustimmung der Hauptfürsorgestelle kündigte die Beklagte unter dem 2. Dezember 1987 das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 30. Juni 1988 aus betriebsbedingten Gründen. Die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage des Klägers hatte Erfolg. Das Arbeitsgericht stellte die Unwirksamkeit der Kündigung fest und verurteilte die Beklagte antragsgemäß zur vorläufigen Weiterbeschäftigung (- 14 Ca 9148/87 - Arbeitsgericht Köln). Die Berufung der Beklagten wurde durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 23. September 1988 zurückgewiesen (- 9 Sa 508/88 -). Das Landesarbeitsgericht stützte seine Entscheidung vor allem auf die Erwägung, die Beklagte hätte den Kläger zu geänderten Bedingungen auf der Stelle eines ausgeschiedenen Mitarbeiters weiterbeschäftigen können.

In einem weiteren Rechtsstreit wurde dem Kläger als Gehalt für die Zeit vom 12. Mai bis 30. September 1987, anteiliges Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld für 1987 sowie Entschädigung für die entgangene PKW-Nutzung ein Betrag von 45.663,-- DM brutto abzüglich 16.069,50 DM Arbeitslosengeld zugesprochen (Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24. November 1988 - 13 Ca 3847/88 -). Zahlungen hierauf erfolgten bis heute nicht. In diesem Rechtsstreit schlossen die Parteien am 13. Juni 1988 einen Teilvergleich, wonach die Beklagte sich zur Auskunftserteilung über das in 1987 erzielte Bilanzergebnis und Betriebsergebnis verpflichtete. Der Kläger betreibt aus diesem Vergleich die Zwangsvollstreckung.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 1988 forderte die Beklagte den Kläger zur Arbeitsaufnahme auf. In dem Schreiben heißt es u.a.:



"Wie das Landesarbeitsgericht bereits in seinen Urteilen festgestellt hat, sind durch verschiedene Maßnahmen des bisherigen Liquidators Dr.

sowie wesentliche Einschränkungen des Auftragsumfanges ein größerer Teil ihrer früheren Arbeitsgebiete fortgefallen. Wir sind daher laut dem vorbezeichneten Urteil verpflichtet, Ihnen als Ersatzarbeitsplatz die Tätigkeit des Betriebsleiters zu übertragen, wie sie zur Zeit von Herrn M ausgefüllt wird. Entsprechend dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln können wir Ihnen auch nur eine geringere, der für Sie vorgesehenen Stellung des normalen Betriebsleiters üblichen Bezahlung garantieren."

Der Kläger lehnte die Aufnahme der Arbeit mit Schreiben seines jetzigen Prozeßbevollmächtigten vom 7. Dezember 1988 ab. In dem Schreiben heißt es u.a.:

"Soweit Sie nun meinen Mandanten zum umgehenden Dienstantritt auffordern, weil er zur Wiederaufnahme der Arbeit verpflichtet sei, ist dies nicht zutreffend gesehen: Sie haben das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB außer Acht gelassen, denn solange nicht die sämtlichen rückständigen Ansprüche meines Mandanten vollständig erfüllt sind, wird dieses Recht von meinem Mandanten ausgeübt. Er müßte ja auch ausgesprochen töricht sein, Ihrer Aufforderung Folge zu leisten, nachdem Sie ausdrücklich erklären, seine kumulierten rückständigen Ansprüche nicht befriedigen zu wollen. Aus welchen Gründen Sie dies so handhaben wollen, mag dahinstehen."

Eine weitere Aufforderung der Beklagten vom 9. Dezember 1988 wurde vom Kläger unter dem 14. Dezember 1988 abgelehnt. Unter dem 31. Januar 1989 beantragte die Beklagte daraufhin die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu einer außerordentlichen Kündigung. Der Kläger nahm hierzu unter dem 11. Februar 1989 Stellung. Mit Bescheid vom 14. Februar 1989 erteilte die Hauptfürsorgestelle ihre



Zustimmung. Der hiergegen eingelegte Widerspruch des Klägers wurde durch Bescheid vom 16. August 1989 zurückgewiesen.

Die Beklagte forderte den Kläger unter dem 21. Februar 1989 nochmals zur Wiederaufnahme der Arbeit auf. Sie drohte ihm den Ausspruch einer fristlosen Kündigung für den Fall an, daß er das Schreiben nicht beantworte. Mit Schreiben vom 6. März 1989, dem Kläger zugegangen am 7. März, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Sie hatte zuvor den in ihrem Betrieb bestehenden Betriebsrat angehört, welcher der Kündigung nicht widersprach.

Mit seiner am 20. März 1989 erhobenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, die Aufforderung der Beklagten, er möge bei ihr seine Tätigkeit wieder aufnehmen, könne keine Wirkung haben, bevor und solange die Beklagte nicht sämtliche Folgen des unstreitigen Schuldnerverzuges beseitige. Der Kläger hat behauptet, die Beklagte wolle sich unter allen Umständen von ihm trennen, damit sie unbehelligt ihre undurchsichtigen Liquidationsmanöver beenden könne. Er erleide ganz erhebliche Einkommenseinbußen i. H. von ca. 20.000,-- DM jährlich, für die er sich an der Beklagten schadlos halten wolle. Von einem Verzicht auf eine Weiterbeschäftigung könne keine Rede sein. Die Beklagte selbst habe ihn freigestellt. Die von der Beklagten vertretene These, die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht scheide aus, wenn die Erfüllung des Gegenanspruchs nicht nur vorübergehend unmöglich geworden sei - wie etwa im Falle des Arbeitgebers in



massenloser Liquidation - habe nicht einmal den Anspruch der juristischen Vertretbarkeit für sich.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die außerordentliche Kündigung sei wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung des Klägers gerechtfertigt. Dem Kläger habe ein Zurückbehaltungsrecht nicht zugestanden. Sie habe ihm die Fortzahlung des Arbeitsentgelt für die tatsächlich geleistete Arbeit zugesagt. Die Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht sei jedenfalls treuwidrig. Der Kläger wolle tatsächlich die Arbeit nicht wiederaufnehmen und habe auch kein Interesse an einer Weiterbeschäftigung. Der Kläger wisse, daß sie die Rückstände praktisch nicht begleichen könne. Hätte sie im übrigen gezahlt, hätte er die Arbeit nicht sofort aufnehmen können, da er erst hätte sein neues Arbeitsverhältnis kündigen müssen. Der Kläger habe mehrfach erklärt, er denke nicht daran, die Arbeit bei ihr wieder aufzunehmen. Hiervon sei auch der Widerspruchsausschuß überzeugt gewesen. Die Kündigung sei jedenfalls als ordentliche Kündigung umzudeuten. In der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur außerordentlichen Kündigung liege zugleich eine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung.

Hilfsweise hat die Beklagte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt. Auflösungsgründe seien nicht erforderlich, da es sich bei dem Kläger um einen leitenden Angestellten im Sinne des § 14 KSchG handele. Im übrigen sei die weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger in einer Position als Betriebsleiter unzumutbar. Hierzu trage auch bei die Art und Weise, wie der Kläger die Zwangsvollstreckung aus dem Teilvergleich betrieben habe. So habe er einen Haftantrag gegen den Liquidator angedroht.



Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und den Auflösungsantrag der Beklagten zurückgewiesen. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung liege nicht vor. Es könne unterstellt werden, daß der Kläger in Wirklichkeit das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten nicht mehr habe fortsetzen wollen und seine Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht nur vorgeschoben gewesen, seine Arbeitsverweigerung somit rechtswidrig gewesen sei. Auch dann sei aber nicht ersichtlich, daß der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar gewesen sei. Sie habe selbst kein Interesse an einer Weiterbeschäftigung des Klägers gehabt. Da bei fehlendem Leistungswillen des Klägers auch kein Anspruch aus Annahmeverzug bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bestanden habe, sei eine Interessenbeeinträchtigung der Beklagten nicht gegeben gewesen.

Der Wille der Beklagten, die außerordentliche Kündigung als hilfsweise ordentliche umzudeuten, könne gleichfalls unterstellt werden. Diese sei aber unwirksam, da die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nicht umgedeutet werden könne. Die Umdeutung eines Verwaltungsaktes in einen anderen sei verwaltungsrechtlich nicht



zulässig. Davon abgesehen sei der Prüfungsumfang der Hauptfürsorgestelle bei einer ordentlichen Kündigung anders als bei einer außerordentlichen.

Der Hilfsantrag der Beklagten auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei unzulässig. Nach einer fristlosen Kündigung könne nur der Arbeitnehmer die Auflösung beantragen.

II. Diese Ausführungen halten im Ergebnis und überwiegend auch in der Begründung der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Die Revision rügt zu Unrecht die Verletzung materiellen Rechts, soweit das angefochtene Urteil die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 Abs. 1 BGB) verneint hat.

a) Gem. § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Es handelt sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder



gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (ständige Senatsrechtsprechung, vgl. etwa Urteile vom 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP Nr. 97 zu § 626 BGB und vom 2. April 1987 - 2 AZR 418/86 - AP Nr. 96 zu § 626 BGB, zu II 1 bzw. II 2 der Gründe).

b) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand. Das Landesarbeitsgericht hat zugunsten der Beklagten unterstellt, der Kläger habe in Wirklichkeit das Arbeitsverhältnis mit ihr nicht fortsetzen wollen und das Zurückbehaltungsrecht nur vorgeschoben. Der Beklagten sei aber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht unzumutbar gewesen. Auch die Beklagte habe kein Interesse an der Erbringung der tatsächlichen Arbeitsleistung des Klägers gehabt. Ihr Bestreben sei vielmehr dahin gegangen, den Kläger zu veranlassen, von der Möglichkeit des § 12 Satz 1 KSchG Gebrauch zu machen. Sie habe ein weiteres Anwachsen der Gehaltsansprüche des Klägers nicht befürchten müssen, da mit Fortfall des Rückkehrwillens des Klägers auch der Annahmeverzug der Beklagten entfallen sei.

c) Diese Würdigung läßt revisionsrechtlich nachprüfbare Fehler nicht erkennen. Das Berufungsgericht hat weder den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt noch bei Unterordnung des Sachverhaltes Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, es hat auch alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet.



aa) Die Weigerung, nach dem Arbeitsvertrag geschuldete und dem Arbeitnehmer zumutbare Arbeit zu leisten, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB abzugeben (vgl. etwa BAG Urteil vom 31. Januar 1985 - 2 AZR 486/83 - AP Nr. 6 zu § 8 a MuSchG 1968, zu B I der Gründe; KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 307; KR-Becker, aaO, § 1 KSchG Rz 250, beide m.w.N.). Hiervon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgegangen.

bb) Eine derartige Arbeitsverweigerung rechtfertigt aber nicht immer eine fristlose Kündigung. Dem widerspricht schon der Grundsatz, daß es im Rahmen des § 626 BGB keine absoluten Kündigungsgründe gibt. Vielmehr bedarf es stets der fallbezogenen Abwägung aller für und gegen die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses sprechenden Umstände im Einzelfall. Die abstrakte Erheblichkeit eines Kündigungssachverhaltes genügt noch nicht zur Begründung der Unzumutbarkeit (BAG Urteil vom 15. November 1984 - 2 AZR 613/83 - AP Nr. 87 zu § 626 BGB, zu II 1 a der Gründe; BAGE 30, 309, 313 f. = AP Nr. 70 zu § 626 BGB, zu III 2 b der Gründe; KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 55).

cc) Das Landesarbeitsgericht hat also zu Recht nach zutreffender Feststellung, es handele sich bei dem dem Kläger unterstellten Verhalten um einen an sich geeigneten Grund, eine Interessenabwägung vorgenommen. Dabei hat es vertretbar einbezogen, die Beklagte habe an der tatsächlichen Arbeitsleistung des Klägers erkennbar kein betriebliches Interesse mehr gehabt. Der Kläger wurde bereits seit 1987 nicht mehr beschäftigt. Die Beklagte hatte ihn



ohne Fortzahlung der Bezüge freigestellt und eine Kündigung ausgesprochen. Diese wurde in zwei Instanzen für unwirksam befunden. Die Beklagte hatte im Schreiben vom 1. Dezember 1988 selbst darauf hingewiesen, sie sei aufgrund des Urteils des Landesarbeitsgerichts verpflichtet, dem Kläger einen Ersatzarbeitsplatz anzubieten, wie er zur Zeit von Herrn M ausgefüllt werde. Sie hatte zugleich festgehalten, M werde auch weiterhin die bisher ausgeübte Tätigkeit erfüllen. Ein echtes betriebswirtschaftliches Bedürfnis an der Tätigkeit des Klägers wurde von der Beklagten also offenbar nicht gesehen. Sein Ausbleiben führte nicht zu Betriebsablaufstörungen, wie sie etwa denkbar wären, wenn die Beklagte für den Kläger in Befolgung des Kündigungsschutzurteils einen Arbeitsplatz freigemacht hätte, dessen Ausfüllung dann auch notwendig gewesen wäre.

dd) Das Berufungsgericht hat weiter in die Gesamtwürdigung in vertretbarer Weise die Überlegung einbezogen, die finanziellen Interessen der Beklagten seien bei einer ordentlichen Kündigung nicht zusätzlich berührt. Bei fehlender Leistungsbereitschaft des Klägers befinde sie sich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auch nicht mehr in Annahmeverzug. Die hiergegen von der Revision erhobenen Einwendungen sind gleichfalls nicht zutreffend.

ee) Aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Landesarbeitsgerichts im Kündigungsschutzverfahren stand die ungekündigte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses fest. Nach Abschluß eines Kündigungsschutzverfahrens ist es nicht Sache des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft erneut anzubieten. Vielmehr ist der Arbeitgeber gehalten, den Arbeitnehmer zur Fortsetzung des



Arbeitsverhältnisses aufzufordern, wenn er den während des Kündigungsschutzverfahrens bestehenden Annahmeverzug beenden will (Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 11 Rz 3; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 11 Rz 3; KR-Becker, aaO, § 11 KSchG Rz 24). Tut er dies, ist der Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet, die Arbeit wieder aufzunehmen. Zwar kann er gem. § 12 Satz 1 KSchG binnen einer Woche nach Rechtskraft des Urteils durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei diesem verweigern. In diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis mit Zugang der Erklärung. Macht der Arbeitnehmer von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch, so ist ihm entgangener Verdienst nur für die Zeit zwischen der Entlassung und dem Tage des Eintritts in das neue Arbeitsverhältnis zu gewähren, § 12 Satz 3 KSchG.

ff) Der Arbeitnehmer ist aber nicht gehalten, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Gibt er die Erklärung nicht oder nicht fristgerecht ab, besteht das alte Arbeitsverhältnis fort. Er ist dann aber verpflichtet, auf Verlangen des alten Arbeitgebers unverzüglich seine Arbeitskraft wieder aufzunehmen. Dabei muß dieser hinnehmen, daß das neue Arbeitsverhältnis gegebenenfalls erst noch gekündigt werden muß und der Arbeitnehmer erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist die Arbeit wieder antreten kann (KR-Becker, aaO, § 12 KSchG Rz 17).

gg) Nimmt der Arbeitnehmer auch nach Ablauf einer ihm gegebenenfalls einzuräumenden Frist die Arbeit nicht wieder auf, verletzt



er seine Arbeitspflicht aus dem fortbestehenden alten Arbeitsverhältnis. Dies kann je nach den Umständen des Einzelfalls eine ordentliche oder gar außerordentliche Kündigung rechtfertigen (vgl. Herschel/Löwisch, aaO, § 12 Rz 14; KR-Becker, aaO, § 12 KSchG Rz 19 und Rz 29 - wonach eine außerordentliche Kündigung nur in Ausnahmefällen in Betracht komme, z. B. bei dem betrieblich bedingten Erfordernis der sofortigen Neubesetzung des Arbeitsplatzes). Zugleich entfällt andererseits ab dem Zeitpunkt der Weigerung der Arbeitsaufnahme mangels Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers regelmäßig der Annahmeverzug des Arbeitgebers (KR-Becker, aaO, § 12 KSchG Rz 29).

hh) Wenn das Landesarbeitsgericht demgemäß gefolgert hat, bei unterstellter rechtswidriger Weigerung des Klägers, die Arbeit aufzunehmen, entstünden keine Ansprüche aus Annahmeverzug bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, ist das grundsätzlich zutreffend. Soweit die Revision demgegenüber darauf verweist, dieser Fortfall trete in Fällen der vorliegenden Art frühestens mit Ablauf der Kündigungsfrist ein, ist das nicht richtig. Der Fall des § 12 KSchG liegt gerade nicht vor. Das Risiko des Anwachsens weiterer Ansprüche bestünde nur bei berechtigter Arbeitsverweigerung - z.B. wegen eines Zurückbehaltungsrechts. In diesem Fall wäre aber eine außerordentliche Kündigung erst recht nicht begründet. Bei unberechtigter Weigerung und dadurch bedingtem Wegfall des Annahmeverzuges kann es hingegen nicht zu einem Anwachsen der Ansprüche bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - bezogen auf das alte Arbeitsverhältnis - kommen, abgesehen davon, daß wegen des Fortbestandes des neuen Arbeitsverhältnisses wegen



der Anrechnungspflicht des § 615 Satz 2 BGB das Risiko ohnehin gemindert ist.

d) Der Verweis auf ein fehlendes Risiko weiterer Annahmeverzugsansprüche allein reicht allerdings nicht aus, die Zumutbarkeit der Einhaltung einer Kündigungsfrist zu bejahen. Anderenfalls könnte bei unberechtigter Arbeitsverweigerung praktisch nie fristlos gekündigt werden, da diese regelmäßig zum Wegfall des Anspruchs auf Arbeitsentgelt führt. Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Abwägung aber auch nicht allein und entscheidend auf diesen Gesichtspunkt abgestellt. Es hat vielmehr zusätzlich festgestellt, die Beklagte habe selbst kein betriebliches Interesse an einer Weiterarbeit des Klägers bei ihr gehabt. Aus beiden Gesichtspunkten zusammen erst hat das Landesarbeitsgericht gefolgert, das Verhalten des Klägers habe - selbst bei unterstellter Rechtswidrigkeit - die Interessen der Beklagten nicht in so erheblicher Weise beeinträchtigt, daß ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar gewesen sei.

aa) Diese Überlegungen halten sich noch im Rahmen des dem Berufungsgericht obliegenden Beurteilungsspielraumes. Es lag eben nicht der Fall einer "normalen" beharrlichen Arbeitsverweigerung vor in einem bisher ungestörten Arbeitsverhältnis. Zu berücksichtigen ist vielmehr die besondere Situation nach abgeschlossenem Kündigungsrechtsstreit. Der Arbeitnehmer ist nicht gezwungen, von dem Sonderkündigungsrecht des § 12 KSchG Gebrauch zu machen. Immerhin führt dieses zu dem Verlust eines sonst eventuell bestehenden Anspruches aus Annahmeverzug auch über den Beginn des



neuen Arbeitsverhältnisses hinaus. Das ist von Bedeutung in allen Fällen, in denen der Verdienst im alten Arbeitsverhältnis höher war als in dem neu eingegangenen. Der Arbeitnehmer kann also ein aus seiner Sicht verständliches Interesse daran haben, das Ende des alten Arbeitsverhältnisses über den sich aus § 12 KSchG ergebenden Zeitpunkt hinauszuziehen, um nach rechtskräftiger Feststellung der Unwirksamkeit das alte Arbeitsverhältnis etwa selbst zu kündigen oder auf andere Weise zu beenden. Hierin liegt noch nichts Beanstandenswertes. Eine im Rahmen dieses Rechtsstreits nicht zu beantwortende Frage ist allenfalls, ob dieses Verhalten einen Rückschluß auf einen fehlenden Leistungswillen auch schon in der Vergangenheit zulassen kann mit der Folge der Verneinung des Annahmeverzuges gegenüber dem alten Arbeitgeber.

bb) Macht der Arbeitnehmer weder von seinem Wahlrecht nach § 12 KSchG Gebrauch, noch von der Möglichkeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eigene ordentliche Kündigung, nimmt er aber trotzdem die Arbeit beim alten Arbeitgeber nicht wieder auf, stellt dies eine Pflichtverletzung dar. Diese führt - zumal bei fehlendem Annahmeverzugsrisiko - aber nicht in jedem Fall zu einer Beeinträchtigung, die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist hinzunehmen dem Arbeitgeber immer unzumutbar ist. Anders kann die Interessenlage sein etwa bei dringendem betrieblichen Erfordernis der Neubesetzung des Arbeitsplatzes (so auch KR-Becker, aaO, § 12 KSchG Rz 29). Gerade diese Voraussetzungen lagen hier aber nicht vor, wie das Berufungsgericht bindend festgestellt hat.



cc) Wollte man auch bei fehlender materieller Belastung des Arbeitgebers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist die immaterielle Betroffenheit immer schon für eine fristlose Kündigung ausreichen lassen, blieben wiederum keine Fälle, in denen bei Sachverhalten der vorliegenden Art eine fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt wäre. Bei zusätzlicher materieller Betroffenheit – sei es durch Lohnzahlung, sei es wegen des Zwanges zur Besetzung des Arbeitsplatzes – wäre die fristlose Kündigung dann erst recht begründet. Im Ergebnis würde sich die Weigerung der Fortführung des alten Arbeitsverhältnisses dann als absoluter wichtiger Kündigungsgrund herausstellen, der dem Kündigungsrecht fremd ist. Dieses Ergebnis wäre umso bedenklicher, als der Arbeitgeber durch den Ausspruch einer – wie jetzt feststeht – unwirksamen Kündigung die eigentlich auslösende Ursache erst gesetzt hat.

e) Es lag also keine Situation vor, in der das Landesarbeitsgericht sozusagen im Sinne eines auf Null reduzierten Beurteilungsspielraumes nur die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung bejahen konnte. Vielmehr war auch hier eine Interessenabwägung vorzunehmen. Das Landesarbeitsgericht hat sich dabei in dem ihm zustehenden Beurteilungsspielraum gehalten. Die Angriffe der Revision auf die materiellrechtliche Würdigung zu § 626 BGB sind nicht begründet.

2. Die insoweit erhobenen Verfahrensrügen sind gleichfalls unbegründet.



Die Revision rügt ohne Erfolg eine Verletzung von § 139 ZPO, weil das Landesarbeitsgericht die durch Aufhebung des Beweisbeschlusses erkennbar geänderte Rechtsauffassung nicht erläutert und ihr keine Gelegenheit zu schriftsätzlichlicher Stellungnahme gegeben habe.

a) Dem ist nicht zu folgen. Die Vorschrift des § 139 ZPO will im Interesse einer gerechten und sachgemäßen Entscheidung Vorsorge treffen, daß nicht ein bloßes Versehen oder Übersehen, eine falsche rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes oder ein in sich unklares Vorbringen den Parteien zum Nachteil gereicht. Überraschungsentscheidungen sollen verhindert werden. Hingegen sollen die Parteien nicht von ihrer Pflicht entlastet werden, ihre Behauptungen zu substantiieren und unter Beweis zu stellen (BAGE 43, 271 = AP Nr. 3 zu § 23 KSchG 1969).

b) Hiervon ausgehend läßt die Rüge keine Verletzung des § 139 ZPO erkennen. Die geänderte Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts war den Parteien schon erkennbar durch die im Termin erfolgte Aufhebung des Beweisbeschlusses. Die Revision trägt selbst vor, das Landesarbeitsgericht habe die Aufhebung mit der Bemerkung begründet, die Beweisfrage sei für die Entscheidung nicht mehr erheblich. Für die Beklagte bestand also Anlaß und Gelegenheit, in der mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen zur Frage, warum ihrer Auffassung nach das Beweisthema doch erheblich war für die Entscheidung. Eine Überraschungsentscheidung - bezogen auf das abschließende Urteil - lag um so weniger vor, als die Beklagte selbst nach Aufhebung des Beweisbeschlusses die neue



Rechtsauffassung "befürchtete", wie sie in der Revisionsbegründung vorträgt.

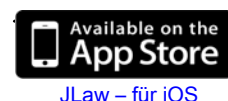
c) Soweit sie rügt, ihr sei eine Ergänzung ihres Vortrages versagt und keine Gelegenheit zu schriftsätzlicher Stellungnahme eingeräumt worden, liegt darin die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum die Beklagte ihre Rechtsauffassung nicht in der mündlichen Verhandlung vortragen konnte. Dies gilt um so mehr, als es sich bereits um die zweite Verhandlung vor dem Berufungsgericht handelte. Die Beklagte wurde auch nicht mit Tatsachenvortrag konfrontiert, zu dem ihr eine sofortige Stellungnahme nicht möglich gewesen wäre. Die Revision rügt denn auch weniger, sie hätte sonst neue Tatsachen vorgetragen, als vielmehr, ihr sei keine Gelegenheit gegeben worden, zur rechtlichen Unrichtigkeit der Rechtsauffassung des Gerichtes Stellung zu nehmen. Hierzu bedurfte es keines Schriftsatznachlasses. Ihren Rechtsstandpunkt konnte die Beklagte auch in der mündlichen Verhandlung darlegen.

III. Die Revision ist auch insoweit unbegründet, als sie rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Wirksamkeit einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung verneint.

1. Das Landesarbeitsgericht hat zugunsten der Beklagten den erkennbaren Willen einer Umdeutung der ausgesprochenen - unwirksamen - außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung unterstellt. Diese umgedeutete ordentliche Kündigung sei aber unwirksam, da insoweit die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle fehle. Eine Umdeutung oder Auslegung der zur außerordentlichen



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



Kündigung beantragten und erteilten Zustimmung komme nicht in Betracht.

2. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Ordentliche wie außerordentliche Kündigungen bedürfen der vorhergehenden Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Bei dieser Zustimmung handelt es sich um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt mit Doppelwirkung; sie gehört dem öffentlichen Recht an und ist demzufolge grundsätzlich nach den im Verwaltungsrecht geltenden Vorschriften zu beurteilen (Wilrodt/Neumann, SchwbG, 7. Aufl., § 15 Rz 77; von Friesen/Reinecke, BB 1979, 1561). §§ 18, 19 SchwbG einerseits und § 21 SchwbG andererseits stellen unterschiedliche materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Voraussetzungen für die Zustimmung auf. Während die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung im Normalfall in das pflichtgemäße freie Ermessen der Hauptfürsorgestelle gestellt ist (Wilrodt/Neumann, aaO, § 15 Rz 74), handelt es sich bei der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung um eine sogenannte gebundene Entscheidung (von Friesen/Reinecke, aaO): Die Hauptfürsorgestelle soll gem. § 21 Abs. 4 SchwbG die Zustimmung erteilen, wenn die Kündigung aus einem Grund erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht. Verfahrensmäßig unterscheiden sich die jeweiligen Verfahren ebenfalls deutlich. Bei der außerordentlichen Kündigung hat die Hauptfürsorgestelle die Entscheidung innerhalb von zwei Wochen zu treffen nach Eingang des Antrags, andernfalls gilt die Zustimmung als erteilt; bei der ordentlichen Kündigung soll die Zustimmung innerhalb eines Monats erfolgen, die Überschreitung der Frist ist ohne Auswirkung auf die Entscheidung



selbst (zu weiteren verfahrensrechtlichen Unterschieden vgl. etwa von Friesen/Reinecke, aaO).

3. Angesichts dieser ganz unterschiedlichen Voraussetzungen scheidet die "Umdeutung" der Zustimmung zur außerordentlichen in eine solche zur ordentlichen Kündigung aus.

a) Die Umdeutung käme nur in Betracht nach Maßgabe des § 43 SGB X. Gegen eine Anwendung dieser Bestimmung spricht schon, daß Voraussetzung hierfür ein fehlerhafter Verwaltungsakt ist (darauf weisen zu Recht hin Gröninger/Thomas, SchwbG, Stand: April 1991, § 21 Rz 6). Die wirksame Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung ist aber nicht fehlerhaft. "Fehlerhaft" ist nur die anschließend ausgesprochene Kündigung selbst, weil für sie ein wichtiger Grund nicht gegeben ist. Dies ist aber für die Wirksamkeit der Zustimmung ohne Belang.

b) Unabhängig davon scheidet eine Umdeutung aber auch deshalb aus, weil sie nach § 43 Abs. 3 SGB X dann nicht in Betracht kommt, wenn eine Entscheidung, die nur als gesetzlich gebundene ergehen kann, in eine Ermessensentscheidung umgedeutet werden müßte (vgl. dazu auch von Friesen/Reinecke, aaO). Genau das wäre hier der Fall. Hinzu kommen die ganz unterschiedlichen Verfahrensvoraussetzungen (vgl. dazu im einzelnen etwa von Friesen/Reinecke, aaO).

c) Es entspricht daher zu Recht ganz herrschender Auffassung, daß die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur außerordentlichen



Kündigung nicht in eine solche zur ordentlichen Kündigung umgedeutet werden kann (Dörner, SchwbG, Stand 30. Juni 1991, § 21 Anm. VI, S. 24; Gröninger/Thomas, aaO; Neubert/Becke, SchwbG, 2. Aufl., § 21 Rz 9; Wilrodt/Neumann, aaO, § 21 Rz 7; von Friesen/Reinecke, aaO; LAG Frankfurt, Urteil vom 28. Juni 1977 - 9 Sa 154/77 -, BB 1977, 1401; LAG Berlin, Urteil vom 9. Juli 1984 - 12 Sa 18/84 -, NZA 1985, 95; ArbG Mannheim, Urteil vom 13. Januar 1982 - 5 Ca 399/81 -, BB 1982, 1174). Soweit Etzel (KR-Etzel, aaO, § 21 SchwbG Rz 35) eine Umdeutung ausnahmsweise dann zulassen will, wenn die Hauptfürsorgestelle einer außerordentlichen Kündigung zugestimmt hat, die auf mit der Behinderung in Zusammenhang stehende Gründe gestützt wurde, mag zweifelhaft sein, ob dem zu folgen ist. Im hier zu entscheidenden Fall liegt ein solcher Sachverhalt jedenfalls nicht vor. Die Hauptfürsorgestelle hat in ihrer Entscheidung vom 14. Februar 1989 festgestellt, die beabsichtigte Kündigung stehe gerade nicht im Zusammenhang mit der Behinderung.

d) Die Entscheidung vom 14. Februar 1989 gibt auch keinen Anlaß für ihre **A u s l e g u n g** dahin, die Hauptfürsorgestelle habe zugleich einer hilfsweisen und vorsorglichen ordentlichen Kündigung zustimmen wollen (vgl. zur Auslegung von Verwaltungsakten allgemein etwa Stelkens/Bonk/Leonhard, VwVfG, 3. Aufl., § 35 Rz 38). Die Hauptfürsorgestelle hat nach dem klaren Wortlaut ihrer Entscheidung nur die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung gem. § 21 SchwbG erteilt. Auch aus den Gründen der Entscheidung ergibt sich kein Hinweis auf eine Absicht der Hauptfürsorgestelle, zugleich vorsorglich eine - gar nicht beantragte -



Zustimmung zu einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung zu erteilen. Es wird lediglich festgestellt, der Kläger beabsichtige, die Tätigkeit bei der neuen Firma nicht aufzugeben und es sei für ihn insbesondere aufgrund der schlechten finanziellen Situation der Beklagten unzumutbar, seine Tätigkeit erneut aufzunehmen; ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Behinderung und Kündigungsgrund sei nicht zu sehen; im Regelfall habe die Hauptfürsorgestelle bei dieser Sachlage keine andere Entscheidung als die vom Arbeitgeber beantragte Zustimmung zu treffen; außergewöhnliche Umstände für eine Abweichung vom Regelfall seien nicht ersichtlich.

e) Die Hauptfürsorgestelle hat sich also offensichtlich nur mit der beantragten Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung auseinandergesetzt und insoweit eine gebundene Entscheidung gefällt. Ein Ermessen, wie es ihr bei der Zustimmung zur ordentlichen Kündigung zusteht, hat sie nicht ausgeübt. Die Auslegung ihrer Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung als gleichzeitige Zustimmung zur ordentlichen Kündigung scheidet daher schon "dem Grunde nach" aus.

f) Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, daß die Hauptfürsorgestelle der ordentlichen Kündigung des Klägers bereits einmal zugestimmt hatte, nämlich am 30. Oktober 1987. Die von der Beklagten daraufhin ausgesprochene Kündigung war in zwei Instanzen für rechtswidrig befunden worden. Wenn die Hauptfürsorgestelle ca. 1 ½ Jahre später erneut mit der Frage der Kündigung konfrontiert wurde in Gestalt jetzt eines Antrages zur außerordentlichen Kündigung, lag ein neuer Sachverhalt vor, der - bezogen



auf eine ordentliche Kündigung - auch eine erneute Ermessensentscheidung erforderlich machte. Daß dieses Ermessen von der Hauptfürsorgestelle ausgeübt wurde bzw. auch nur ausgeübt werden sollte, ist dem Bescheid vom 14. Februar 1989 nicht zu entnehmen.

g) Die Revision beruft sich ohne Erfolg auch auf die Begründung des Widerspruchsbescheides, aus der sie eine konkludente Zustimmung zur ordentlichen Kündigung ableiten will. Die Entscheidung des Widerspruchsausschusses datiert vom 8. August 1989. Sie erging also zeitlich deutlich nach der streitbefangenen Kündigung mit Schreiben vom 6. März 1989. Auch bei Annahme einer hilfsweisen umgedeuteten ordentlichen Kündigung bedurfte diese dann jedenfalls der `v o r h e r i g e n` Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle. Ein erst nachträglich ergangener Beschluß des Widerspruchsausschusses kann schon deshalb keine Bedeutung gewinnen. Der allein maßgebliche - weil vor Ausspruch der Kündigung ergangene - Beschluß der Hauptfürsorgestelle gibt aber für eine Auslegung und für eine Umdeutung nichts her.

Das Landesarbeitsgericht hat damit im Ergebnis zu Recht die Wirksamkeit einer umgedeuteten ordentlichen Kündigung wegen der fehlenden Zustimmung der Hauptfürsorgestelle verneint.

IV. Da die umgedeutete hilfsweise ordentliche Kündigung mangels Zustimmung der Hauptfürsorgestelle unwirksam ist, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht auch eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG abgelehnt. Eine derartige Auflösung auf Antrag des Arbeitgebers kommt nur in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung ausschließlich sozialwidrig ist; ist sie



bereits aus anderen Gründen unwirksam, kann der Arbeitgeber einen Auflösungsantrag nicht stellen (BAGE 32, 122 = AP Nr. 4 zu § 9 KSchG 1969; 35, 30, 38 = AP Nr. 6 zu § 9 KSchG 1969, zu III 1 der Gründe; 40, 56, 64 = AP Nr. 9 zu § 9 KSchG 1969, zu III der Gründe; 63, 351, 362 = AP Nr. 53 zu § 102 BetrVG 1952, zu III der Gründe; Herschel/Löwisch, aaO, § 9 Rz 30; Hueck, aaO, § 9 Rz 13, 14; a.A. KR-Becker, aaO, § 9 KSchG Rz 27; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Aufl., Rz 11, 94).

V. Die Revision ist demnach mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Rost

Thieß

Nipperdey



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)

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