

Aktenzeichen: 2 AZR 282/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 22. Dezember 1982
- 2 AZR 282/82 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 16. September 1981
Bochum - 3 Ca 206/81 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 14. April 1982
Hamm - 2 (11) Sa 1604/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Anfechtung eines Aufhebungsvertrages wegen Drohung

Gesetz:

BGB § 123 Abs. 1, §§ 142, 273, 320, 323, 616, 626;
ArbP1SchG § 1 Abs. 1; EWG-Vertrag Art. 177

Leitsätze:

1. Türkische Arbeitnehmer, die den verkürzten Wehrdienst von zwei Monaten in der Türkei antreten müssen, befinden sich in einer unverschuldeten Kollision zwischen der Arbeits- und der Wehrpflicht.
2. Sie können für die Dauer des Wehrdienstes ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber ihrem Arbeitgeber haben. Die Grenzen dieses Leistungsverweigerungsrechts ergeben sich aus einer objektiven Abwägung der bei einer Kollision von Arbeits- und Wehrpflicht zu berücksichtigenden beiderseitigen schutzwürdigen Interessen. Die den türkischen Arbeitnehmern bei einer Verweigerung des Wehrdienstes drohenden Nachteile sind so einschneidend, daß ihre Arbeitspflicht für die Dauer des Wehrdienstes aufgehoben wird, sofern nicht ihre Arbeitsleistung für den geordneten Betriebsablauf von erheblicher Bedeutung ist und der Arbeitgeber durch den Ausfall von vornherein in eine Zwangslage gebracht wird, die er auch durch zumutbare Überbrückungsmaßnahmen nicht beheben kann.
3. Für die Dauer der Inanspruchnahme des Leistungsverweigerungsrechts entfallen auch alle Entgelt- und Entgeltfortzahlungsansprüche des türkischen Arbeitnehmers.



2 AZR 282/82

2 (11) Sa 1604/81 Hamm

Verkündet am
22. Dezember 1982

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember 1982 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Prof. Dr. Röhler und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Schulze und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 14. April 1982 - 2 (11) Sa 1604/81 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 16. September 1981 - 3 Ca 206/81 - wird zurückgewiesen.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

3. Die Beklagte trägt auch die Kosten der
Berufung und der Revision.

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

Tatbestand:

Der verheiratete und zwei Kindern im Alter von fünf und acht Jahren unterhaltspflichtige Kläger türkischer Staatsangehörigkeit lebt seit Anfang 1972 in der Bundesrepublik Deutschland. Seine Ehefrau ist nicht berufstätig. Am 21. Mai 1974 trat der Kläger in den Dienst der Beklagten, die ihn zuletzt zu einem Stundenlohn von 11,83 DM in ihrem Werk Bochum als Rangierer beschäftigte. In diesem Werk sind rund 5.250 Arbeiter, davon etwa 10 % Türken, und 1.000 Angestellte tätig.

1981 mußte der Kläger aufgrund gesetzlicher allgemeiner Wehrpflicht seinen Grundwehrdienst in der Türkei ableisten. Bei Verweigerung des Wehrdienstes droht dem Wehrpflichtigen neben einer gerichtlichen Bestrafung in der Türkei der Verlust seiner Staatsangehörigkeit. Der Militärdienst dauert regelmäßig 20 Monate. Seit März 1980 besteht für im Ausland lebende Türken die Möglichkeit, gegen Zahlung einer Geldsumme in Devisen eine Abkürzung des Wehrdienstes auf zwei Monate zu erreichen. Von Türken in der Bundesrepublik Deutschland werden 20.000,-- DM verlangt. Hiervon erhielt der Kläger Anfang Oktober 1980 Kenntnis, als er das türkische Generalkonsulat in Essen aufsuchte. Er entschloß sich, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen und für die zweimonatige Militärzeit Erholungs- und Sonderurlaub in Anspruch zu nehmen. Der für ihn zuständige Betriebsleiter L, an den sich der Kläger in dieser Angelegenheit wandte, äußerte keine Bedenken; er ist aber für die Gewährung von Sonderurlaub nicht zuständig.

Am 21. Januar 1981 teilte das Generalkonsulat dem Kläger mit, er müsse den verkürzten Wehrdienst am 27. Februar 1981 antreten. Noch am selben Tag stellte der Kläger auf dem vorgesehenen Formular folgenden Antrag:



- 3 -

"Aus dringenden Gründen möchte ich im Anschluß an meinen Tarifurlaub, den ich vom 27.2.81 bis zum 06.4.81 nehmen werde, noch 32 Tage unbezahlten Urlaub vom 07.4.81 bis zum 08.5.81.

Ich hoffe, daß Sie meinem Antrag zustimmen werden."

Er gab zur Begründung an, seinen zweimonatigen Militärdienst vom 27. Februar 1981 an leisten zu müssen. Der Betriebsleiter erklärte sich hiermit am 22. Januar 1981 einverstanden.

Da dies bei der Beklagten der erste Fall war, in dem ein türkischer Betriebsangehöriger unbezahlten Sonderurlaub zur Ableistung des Wehrdienstes forderte, wurde die Frage am 29. Januar 1981 zum Gegenstand einer Besprechung im "Arbeitskreis Personalleiter" gemacht, der folgendes beschloß:

"Anträge von türkischen Belegschaftsmitgliedern auf unbezahlten Urlaub zur Ableistung des verkürzten Wehrdienstes in der Türkei sind abzulehnen. Die betreffenden Belegschaftsmitglieder müssen von sich aus kündigen. Nach Rückkehr vom Wehrdienst entscheiden wir über eine evtl. Wiedereinstellung.

Dieser Beschluß wurde im Hinblick auf die gegenwärtige schwierige Beschäftigungssituation gefaßt, da es bei den derzeitigen Marktverhältnissen nicht möglich ist, eine exakte Personalplanung über mehrere Monate zu machen."

Dementsprechend setzte die für den Kläger zuständige Personalabteilung am 30. Januar 1981 auf seinen Antrag den Vermerk: "Laut Personalleiterbesprechung vom 29.1.81 wird dem Antrag nicht stattgegeben."

Das wurde dem Kläger aber weder mündlich noch schriftlich mitgeteilt. Er ging daher davon aus, der ihm tariflich zustehende restliche Jahresurlaub werde ebenso wie der unbezahlte Sonderurlaub antragsgemäß bewilligt. Zwar sollte der beantragte Urlaub erst am 27. Februar beginnen, jedoch hatte der Kläger in der Woche davor wegen zuvor geleisteter Sonderschichten arbeitsfrei, so daß er einen verbilligten Gastarbeiterflug für den 20. Februar 1981 buchte. Als der Kläger am Vormittag des 20. Februar am Schalter der Personal-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -



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



- 4 -

verwaltung nachfragte, ob sein Sonderurlaub genehmigt sei, wurde dies von den dort tätigen Sachbearbeiterinnen verneint. Der Kläger unterschrieb schließlich einen vorgedruckten "Kündigungsschein" mit dem Wortlaut:

"Ich kündige mein Arbeitsverhältnis fristgemäß
zum: 9. März 1981.

Grund der Kündigung: Eigener Wunsch/Militärdienst."

Die auf dem Vordruck befindliche Frage, ob eine Wiedereinstellung befürwortet werde, wurde sowohl vom Meister als auch vom Betriebsleiter bejaht.

Der Kläger sprach an dem 20. Februar wegen seines Urlaubs noch mit dem Betriebsleiter L und dem Betriebsratsmitglied G und flog dann abends in seine Heimat. Nachdem der Kläger seinen bis zum 25. April 1981 dauernden Wehrdienst abgeleistet hatte, besuchte er für einige Tage seine Angehörigen in der Türkei. Am 3. Mai 1981 sprach er bei der Beklagten wegen seiner Weiterbeschäftigung vor. Der Leiter des Transportwesens-Fahrdienstes-, Herr L, hatte schon am 22. April 1981 eine Wiedereinstellung des Klägers gegenüber dem Personalbüro mit der Begründung bejaht:

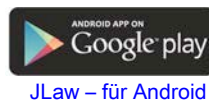
"Da E ein ausgebildeter Rangierer ist und die Personalunterdeckung TR-F nach wie vor zehn Mann beträgt (Richtzahl 112, Ist 102) kann E aus betrieblicher Sicht nach Ableistung seines Wehrdienstes bei TR-F als Rangierer wieder aufgenommen werden."

Trotz dieser Stellungnahme lehnte die Beklagte den Wunsch des Klägers unter Berufung auf einen inzwischen angeordneten allgemeinen Einstellungsstop ab. Daraufhin focht der Kläger mit Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 21. Mai 1981 gegenüber der Beklagten seine Kündigungserklärung vom 20. Februar 1981 an, forderte von der Beklagten seine umgehende Weiterbeschäftigung und stellte für den Fall, daß ihm die Beklagte bis Ende Mai 1981 nicht mitteilen sollte, wann er die Arbeit bei ihr wieder aufnehmen könne, die Klageerhebung in Aussicht.

- 5 -



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



Da die Beklagte nicht antwortete, hat der Kläger am 9. Juni 1981 beim Arbeitsgericht Klage erhoben.

Zur Begründung hat er vorgetragen, die Beklagte habe ihm wenige Stunden vor seinem Abflug in die Türkei durch die zuständigen Sachbearbeiterinnen eröffnet, nach Ablehnung seines Antrags auf Sonderurlaub sei die Eigenkündigung seine einzige Möglichkeit; falls er nämlich nicht kündige, werde ihm von der Beklagten gekündigt, und eine Wiedereinstellung sei dann nie mehr möglich. Unter diesem Druck habe er die von der Beklagten vorbereitete Kündigungserklärung unterzeichnet.

Da er die Kündigungserklärung mit Schreiben vom 21. Mai 1981 wegen widerrechtlicher Drohung angefochten habe, sei sie nach § 142 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen. Die Beklagte habe ihm nämlich damit gedroht, es werde ihm gekündigt und er werde niemals mehr eingestellt werden, wenn er nicht selbst kündige. Die Widerrechtlichkeit ergebe sich aus der Rechtswidrigkeit des Nötigungsmittels, da eine Arbeitgeberkündigung unter den vorliegenden Umständen rechtlich nicht zulässig gewesen wäre. Auch sei hier die Mittel-Zweck-Relation inadäquat. Sei also die Kündigung unwirksam, bestehe sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fort; daher sei sie verpflichtet, ihn zu den Bedingungen des bisherigen Arbeitsvertrages weiterzubeschäftigen.

Hilfsweise mache er einen aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers abzuleitenden Wiedereinstellungsanspruch unter Anrechnung der vorausgegangenen Beschäftigungszeit geltend. Die Beklagte habe durch Ablehnung des Sonderurlaubs ihre Fürsorgepflicht verletzt und sei daher verpflichtet, ihn gemäß § 249 Abs. 1 BGB so zu behandeln, als ob das Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen worden sei. Im übrigen habe die Beklagte in dem zur Abgabe der Kündigungserklärung führenden Gespräch auch fest zugesagt, ihm nach seiner Rückkehr eine Wiedereinstellung nur dann zu verweigern, wenn sein Arbeitsplatz nicht mehr zur Verfügung stünde, was im Mai 1981 unstreitig nicht der Fall gewesen sei.



Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis über den 9. März 1981 hinaus fortbesteht,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, ihn mit Wirkung vom 11. Mai 1981 unter Anrechnung der vorherigen Beschäftigungszeit einzustellen,

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat zur Begründung vorgetragen, die Gewährung von Sonderurlaub hänge grundsätzlich von den betrieblichen Gegebenheiten sowie von Grund und Umfang des Urlaubs ab. Da der Rangierbetrieb im ersten Halbjahr 1981 voll ausgelastet und Ende Januar 1981 mit einer Unterdeckung von zehn Arbeitnehmern gearbeitet habe, habe auf die Arbeitsleistung des Klägers nicht verzichtet werden können, zumal wegen der sechsmonatigen Anlernzeit eines Rangierers eine Überbrückung durch Aushilfskräfte ausgeschieden sei. Außerdem habe der Wunsch des Klägers nach unbezahltem Urlaub das übliche Maß von fünf bis zehn Tagen weit überschritten. Ein Anspruch des Klägers auf Gewährung von unbezahltem Urlaub wegen der Ableistung seines Wehrdienstes habe nicht bestanden, weil es mangels entsprechender gesetzlicher Regelung an einer Verpflichtung des Arbeitgebers fehle und sich eine solche auch nicht aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ableiten lasse. Selbst wenn man aber aus der Fürsorgepflicht einen Freistellungsanspruch des Klägers bejahen wolle, so müsse die sodann vorzunehmende Interessenabwägung zu ihren Gunsten ausfallen. Im Falle einer Freistellung des Klägers hätten von den übrigen ohnehin überlasteten Arbeitnehmern im Rangierbetrieb zusätzlich 392 Arbeitsstunden geleistet werden müssen. Eine solche übermäßige Mehrarbeitsbelastung verbiete aber ihre Fürsorgepflicht diesen Arbeitnehmern gegenüber. Hinzu wäre für sie eine aus Mehrarbeitslohn-Zuschlägen resultierende erhebliche finanzielle Belastung



Eine widerrechtliche Drohung mit einem empfindlichen Übel liege nicht vor, da sie nicht mit einer Kündigung und einer Ablehnung der Wiedereinstellung gedroht, sondern ihm anheim gestellt habe, selbst zu kündigen. Seine Frage nach einer Wiedereinstellung habe sie dahin beantwortet, er könne sich nach Ableistung seines Wehrdienstes wieder bewerben und dann entscheide sie hierüber entsprechend der wirtschaftlichen Entwicklung und den betrieblichen Gegebenheiten. Ihr Hinweis, er müsse mit einer Kündigung rechnen, wenn er ohne Erlaubnis der Arbeit fern bleibe, sei nicht zu beanstanden. Auch das Wiedereinstellungsverlangen des Klägers, das sich rechtlich als die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs darstelle, könne keinen Erfolg haben. Ein solcher Anspruch sei bereits dem Grunde nach nicht gegeben, weil ein Verstoß gegen die Fürsorgepflicht nicht vorliege. Außerdem habe ihre sich verschlechternde wirtschaftliche Lage während der Abwesenheit des Klägers zu der Verabschiedung eines Strukturprogrammes geführt, dessen Durchführung den Abbau von Arbeitskräften, die Stilllegung bzw. Einschränkung von Produktionsanlagen und einen generellen Einstellungsstop zur Folge gehabt habe. Von diesen Maßnahmen sei auch der Rangierbetrieb insoweit betroffen gewesen, als dort die Richtzahl von 112 Arbeitnehmern auf 90 reduziert worden sei. Insofern sei die Stellungnahme des Betriebsleiters L vom 22. April 1981 durch die Entwicklung überholt worden. Eine Wiedereinstellung des Klägers hätte nur dazu geführt, ihn aus betriebsbedingten Gründen sofort wieder zu entlassen.

Das Arbeitsgericht hat nach Beweiserhebung durch uneidliche Vernehmung der kaufmännischen Angestellten H und K, des Betriebsleiters L und des Drehers G als Zeugen der Klage stattgegeben. Aufgrund des erstinstanzlichen Urteils hat die Beklagte den Kläger ab dem 21. September 1981 vorläufig weiterbeschäftigt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen



Urteils, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger sei zur Abgabe seiner Kündigungserklärung nicht widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden. Die Zeugin H habe ihm nach Bekanntgabe der Ablehnung seines Antrages auf seine Frage, was er tun müsse, geantwortet, er müsse selbst kündigen und, wenn er dies nicht tue, würde er unentschuldigt fehlen und ihm würde dann fristlos gekündigt werden. Bezüglich einer Wiedereinstellungsmöglichkeit sei ihm gesagt worden, er solle nach seiner Rückkehr bei der Beklagten vorsprechen, es werde dann je nach Wirtschaftslage entschieden. Das Berufungsgericht geht zugunsten des Klägers davon aus, in diesen Erklärungen liege eine Drohung; es ist aber der Auffassung, sie seien nicht widerrechtlich gewesen, weil das von der Beklagten angedrohte Mittel nicht rechtswidrig gewesen sei. Die außerordentliche Kündigung sei ein von der Rechtsordnung erlaubtes Mittel zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen, das auch vom Arbeitgeber eingesetzt werden dürfe. Darauf, ob im Einzelfall die Voraussetzungen für einen wichtigen Grund erfüllt seien, komme es nicht an. Hierüber entscheide auf die Klage des Arbeitnehmers das Arbeitsgericht.

Ebensowenig sei der von der Beklagten mit ihrer Drohung verfolgte Zweck widerrechtlich. Denn die dem Kläger empfohlene ordentliche fristgemäße Eigenkündigung sei durchaus ein rechtlich gangbarer Weg zur Vermeidung einer fristlosen Entlassung und einer solchen grundsätzlich vorzuziehen, da eine außerordentliche Kündigung nicht selten zu beruflichen Nachteilen führe. Auch sei der Einsatz des angedrohten Mittels zu diesem Zweck nicht widerrechtlich gewesen, denn die Beklagte habe davon ausgehen können und dürfen, der Kläger gebe ihr mit einem eigenmächtigen Antritt des verweigerten Sonderurlaubs einen wichtigen Grund zu einer fristlosen Kündigung.



Der Kläger habe keinen Anspruch auf unbezahlten Urlaub gehabt. Das Arbeitsrecht kenne einen Anspruch auf unbezahlten Sonderurlaub nur ausnahmsweise aufgrund besonderer gesetzlicher Regelungen, deren Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt seien. Andererseits finde § 1 Abs. 1 ArbPlSchG, der kraft Gesetzes das Ruhen des Arbeitsverhältnisses eines zum Grundwehrdienst oder zu einer Wehrübung einberufenen Arbeitnehmers für die Dauer des Wehrdienstes vorsähe, keine Anwendung auf inländische Arbeitsverhältnisse ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland. Auch wenn ein im Geltungsbereich des Arbeitsplatzschutzgesetzes beschäftigter Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates der EG, der seine Tätigkeit zur Erfüllung der Wehrpflicht in seinem Heimatland habe unterbrechen müssen, nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit habe, bestehe für den Kläger als Angehörigen eines Staates, der nicht der EG angeschlossen sei, und mangels sonstiger tariflicher oder vertraglicher Regelung keine solche Anrechnungspflicht.

Auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gehe nicht so weit, daß er gehalten wäre, einem ausländischen Arbeitnehmer zur Ableistung seines Wehrdienstes unbezahlten Sonderurlaub für einen ganzen Monat zu gewähren. Ein solches zeitliches Ausmaß überschreite bei weitem die Grenze dessen, was dem Arbeitgeber zuzumuten sei. Daher hätte der Kläger bei eigenmächtigem Urlaubsantritt seine Arbeitspflicht in so schwerwiegender Weise verletzt, daß ein verständiger Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ernsthaft in Erwägung gezogen hätte. Deshalb sei die Ankündigung einer solchen Maßnahme durch die Beklagte nicht zu beanstanden.

Die Voraussetzungen für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, Inhaltsirrtums und Irrtums über die Geschäftsgrundlage lägen ebenfalls nicht vor.

B. Diese Würdigung enthält Rechtsfehler, auf denen das Urteil beruht.



I. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Ankündigung einer fristlosen Kündigung durch die Zeugin H habe dem Kläger gegenüber eine Drohung dargestellt, ist zutreffend.

1. Eine Drohung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB setzt objektiv die Ankündigung eines künftigen Übels voraus, dessen Zufügung in irgendeiner Weise als von der Macht des Ankündigenden abhängig hingestellt wird (BAG 2, 233 = AP Nr. 4 zu § 9 MuSchG; BAG vom 14. Juli 1960 - 2 AZR 64/59 - AP Nr. 13; BAG vom 20. November 1969 - 2 AZR 51/69 - AP Nr. 16; BAG 32, 194 = AP Nr. 21, alle zu § 123 BGB; BAG vom 26. November 1981 - 2 AZR 664/79 - nicht veröffentlicht). Die Androhung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis durch eine außerordentliche Kündigung fristlos beenden zu wollen, falls der Arbeitnehmer nicht selbst kündigt, stellt die Ankündigung eines zukünftigen empfindlichen Übels dar, dessen Verwirklichung in seiner Macht liegt (vgl. die o.a. Entscheidungen des BAG).

a) Im Streitfall liegt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Drohung darin, daß die in der Personalabteilung der Beklagten tätige Angestellte H dem Kläger, der für denselben Tag einen Flug in die Türkei gebucht hatte, um dort seinen Militärdienst anzutreten, eine fristlose Kündigung für den Fall in Aussicht gestellt hatte, daß er nicht selbst kündigt.

b) Der Annahme einer Drohung durch die Beklagte steht nicht im Wege, daß das Kündigungsrecht nicht der Zeugin H zustand. Die Zeugin trat nämlich dem Kläger am Schalter der Personalverwaltung als Vertreterin der Beklagten entgegen und gab ihm neben der Ablehnung seines Antrages weisungsgemäß den Inhalt des entsprechenden im "Arbeitskreis Personalleiter" gefaßten Beschlusses bekannt, der für die betroffenen türkischen Arbeitnehmer nur die Möglichkeit der Eigenkündigung vorsah. Die aus diesem Beschluß von der Zeugin gezogene Folgerung, die Beklagte kündigt ihrerseits fristlos, wenn ein Türke ohne selbst

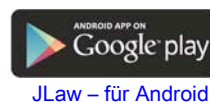


zu kündigen, seinen Wehrdienst antrete, entspricht dem im Prozeß vorgetragenen Willen der Beklagten. Wer bei der Beklagten tatsächlich kündigungsberechtigt gewesen ist, kann dahingestellt bleiben, da die Zeugin H auf Veranlassung und in Vertretung der Beklagten dem Kläger ein Übel in Aussicht gestellt hat, dessen Eintritt nach ihrer Darstellung von der Beklagten ganz sicher veranlaßt worden wäre.

2. In subjektiver Hinsicht gehört zum Begriff der Drohung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB der sogenannte Nötigungswille des Drohenden (BAG vom 5. April 1978 - 4 AZR 621/76 - AP Nr. 20 zu § 123 BGB), d. h. die Absicht, durch ein nötigendes Verhalten den Bedrohten in eine Zwangslage zu versetzen, um ihn zu veranlassen, die ihm nahegelegte Willenserklärung abzugeben. Die Drohung muß bewußt darauf gerichtet sein, den Bedrohten zu der Einschätzung zu verleiten, nur zwischen zwei Übeln wählen zu können, von denen die Abgabe der empfohlenen Erklärung nach der Ansicht des Drohenden als das geringere Übel gegenüber der sonst zu erwartenden Maßnahme erscheint.

a) Dem Vorliegen dieser subjektiven Voraussetzungen im Streitfall steht nicht entgegen, daß nach der Auffassung der Beklagten der Kläger von ihr lediglich auf seine objektiv bestehende Zwangslage und darauf hingewiesen worden sein soll, der Antritt des nicht genehmigten Sonderurlaubs könne möglicherweise seine fristlose Entlassung nach sich ziehen. Zwar fehlt der Nötigungswille, wenn die Ankündigung eines Übels keine "nötigende Funktion", sondern nur eine "Mitteilungsfunktion" hat, indem mit dem Hinweis auf mehrere verschiedene rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten dem Vertragspartner eine von ihm selbst zu treffende Wahl eröffnet werden soll (vgl. Senatsurteil vom 20. November 1969 - 2 AZR 51/69 - SAE 1971, 70, 73 unter IV). Wenn der Bedrohte durch eigene Überlegung dahin kommt, zur Vermeidung eines größeren Übels eine Erklärung abzugeben, ist er nicht durch Drohung dazu bestimmt worden.

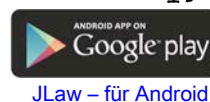
b) Im Streitfall sind indessen die subjektiven Voraussetzungen für eine Drohung erfüllt. Die Beklagte hat den



Kläger nämlich bereits durch die Versagung des Sonderurlaubs in eine Zwangslage versetzt, indem ihm die Vertreterin der Beklagten die ordentliche Eigenkündigung gegenüber der ansonsten als unvermeidbar hingestellten außerordentlichen fristlosen Kündigung der Beklagten als beste und einzig gangbare Lösung hingestellt hat. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß der für den Kläger negative Beschluß der Personalleiter-Besprechung bereits am 30. Januar 1981 gefaßt, ihm aber erst am 20. Februar 1981 bekanntgegeben wurde, als er wegen seines Sonderurlaubs persönlich vorsprach. Auch durch ihr dreiwöchiges Schweigen hat die Beklagte entscheidend dazu beigetragen, den Kläger in diese Zwangslage zu versetzen, in der ihm, da der Gerichtsweg infolge Zeitmangels ausschied, als beste Lösung die Eigenkündigung erschien. Hinzu kommt, daß der Beklagten auch klar war, der Kläger werde wegen der ihm ansonsten drohenden Pressionen seinen Wehrdienst antreten. Andererseits konnte der Kläger angesichts der bisherigen Sonderurlaubspraxis im Betrieb der Beklagten davon ausgehen, der von ihm beantragte Sonderurlaub werde genehmigt, nachdem der Betriebsleiter diesem bereits zugestimmt hatte.

Die von der Beklagten geäußerte Rechtsansicht, die infrage stehende Ankündigung der fristlosen Kündigung habe nur eine Mitteilungsfunktion gehabt, ist schon deswegen unzutreffend, weil ihr Ausgangspunkt nicht mit den Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts übereinstimmt. Nach den Aussagen der Zeuginnen H und K hat Frau H dem Kläger gegenüber erklärt, er müsse selbst kündigen, tue er dies nicht, fehle er unentschuldigt und dann würde ihm fristlos gekündigt. Die fristlose Kündigung ist dem Kläger also nicht als entfernte Möglichkeit, sondern als automatische Konsequenz für den Fall, daß er nicht selbst künde, genannt worden.

Dem kann auch nicht mit dem Hinweis der Beklagten begegnet werden, die außerordentliche Kündigung sei dem Kläger nur für den Fall des eigenmächtigen Urlaubnehmens in



Aussicht gestellt worden; ob dieser Fall eintreten würde, habe letztlich allein von seiner Entscheidung abgehangen, seiner Wehrpflicht nachzukommen oder dies zu unterlassen. Bezeichnenderweise sind im vorliegenden Rechtsstreit beide Parteien von Anfang an immer übereinstimmend davon ausgegangen, die rein theoretisch bestehende Möglichkeit des Klägers, sich dem Wehrdienst zu entziehen, habe angesichts ihrer existenzbedrohenden Folgen für den Kläger als unzumutbar außer Betracht zu bleiben. Angesichts der Unzumutbarkeit, seinen Wehrdienst abzulehnen (vgl. unten II 2 c), ist dieser Hinweis der Beklagten denkbar ungeeignet, um die Voraussetzungen dafür darzulegen, der Kläger habe in eigener freier Entscheidung den Weg der Eigenkündigung gewählt.

c) Der Annahme einer Drohung steht schließlich auch nicht entgegen, daß die Zeugin H , wie die Beklagte im Verlauf des Rechtsstreits vorgetragen hat, kein eigennütziges Interesse daran hatte, den Kläger zur Abgabe der Kündigungserklärung zu bestimmen, weil sie im Betrieb der Beklagten nicht diejenige war, die die Kündigung durchzusetzen gehabt hätte. Der Nötigungswille setzt nämlich lediglich die Absicht des Drohenden voraus, den Bedrohten durch das angedrohte Übel zur Abgabe der empfohlenen Willenserklärung zu veranlassen. Welches Motiv hinter dieser Drohung steht, ist dagegen für das Vorliegen einer Drohung unerheblich. Insbesondere ist es nicht erforderlich, daß der Drohende sich durch die empfohlene Willenserklärung einen Vorteil verschaffen will. Er muß nur die Drohung zu dem Zweck aussprechen, dem Bedrohten zu der empfohlenen Willenserklärung zu bestimmen (vgl. Senatsurteil vom 26. November 1981, aaO). Diesen "wertfreien" Nötigungswillen hatte nach den insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts die Zeugin H .

3. Eine Drohung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB muß weiterhin für die Willenserklärung des Bedrohten ursächlich gewesen sein, wobei es genügt, daß sie nach dem Plan des Drohenden mitursächlich gewesen ist. Das ist schon dann anzunehmen, wenn ohne die Beeinflussung die Willenser-



- 14 -

klärung entweder überhaupt nicht oder nicht in der gewählten Form oder zu dieser Zeit abgegeben worden wäre (vgl. Senatsurteil vom 26. November 1981, aaO).

Daß der Kläger ohne die Drohung der Zeugin H , ihm werde anderenfalls fristlos gekündigt werden, keine ordentliche Kündigung ausgesprochen hätte, liegt auf der Hand und ist im Verlauf des vorliegenden Rechtsstreits auch von der Beklagten nie in Zweifel gezogen worden.

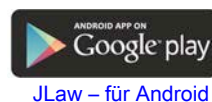
II. Soweit das Landesarbeitsgericht dagegen angenommen hat, diese Drohung sei nicht widerrechtlich gewesen, ist dies rechtlich nicht haltbar.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. BAG vom 14. Juli 1960 - 2 AZR 64/59 - AP Nr. 13; BAG vom 20. November 1969 - 2 AZR 51/69 - AP Nr. 16 und BAG 32, 194 = AP Nr. 21, alle zu § 123 BGB) ist die Drohung mit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung dann nicht widerrechtlich, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung ernsthaft in Erwägung ziehen durfte. Es ist nicht erforderlich, daß die angekündigte Entlassung, wenn sie tatsächlich ausgesprochen worden wäre, nach der objektiven Rechtslage nicht wirksam gewesen wäre. Da ein Anfechtungsprozeß nach § 123 BGB nicht wie ein fiktiver Kündigungsschutzprozeß behandelt werden darf, braucht die Rechtsgewißheit, die sich erst mit dem Abschluß des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung ergibt, zur Zeit der Drohung noch nicht vorgelegen zu haben. Die Frage, ob ein verständiger Arbeitgeber die fristlose Kündigung erwogen hätte, ist nach der neueren Senatsrechtsprechung allerdings nicht nur anhand des tatsächlichen subjektiven Wissensstandes des Arbeitgebers zu beantworten, sondern es sind hierbei auch Erkenntnisse weiterer Ermittlungen zu berücksichtigen, die ein verständiger Arbeitgeber zur Aufklärung angestellt hätte. Maßgeblich ist also der objektiv mögliche und damit hypothetische Wissensstand des Arbeitgebers (BAG 32, 194 = AP Nr. 21 zu § 123 BGB und BAG vom 26. November 1981, aaO).

- 15 -



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



Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum, das teilweise strengere Voraussetzungen für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit fordert, auf Kritik gestoßen (vgl. u.a. Kramer, Anm. zu AP Nr. 21 zu § 123 BGB m.w.N; Popp, B1StSozArbR 1981, 17; Schlüter/Schröder, SAE 1981, 123). Auf die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit sie berechtigt ist, braucht im vorliegenden Fall nicht eingegangen zu werden, weil die dem Kläger gegenüber ausgesprochene Drohung auch nach den Grundsätzen des erkennenden Senats widerrechtlich ist.

2. Vorliegend hat der Kläger nämlich ein Leistungsverweigerungsrecht gehabt, das eine Verletzung der Arbeitspflicht und damit den von der Beklagten angenommenen verhaltensbedingten wichtigen Grund zur Kündigung ausschließt.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht zunächst ausgeführt, ein Rechtsanspruch des Klägers auf Freistellung ergebe sich nicht aus dem Arbeitsplatzschutzgesetz, weil § 1 Abs. 1 ArbPlSchG nicht nur voraussetze, daß der Wehrpflichtige im Geltungsbereich dieses Gesetzes Arbeitnehmer sei, sondern auch, daß die Einberufung aufgrund des deutschen Wehrpflichtgesetzes zur deutschen Bundeswehr erfolge.

aa) Das Arbeitsplatzschutzgesetz enthält Schutzbestimmungen nur zugunsten der Arbeitnehmer, deren Einberufung durch Maßnahmen veranlaßt worden ist, die auf der deutschen Wehrgesetzgebung beruhen (BAG 22, 232 = AP Nr. 3 zu Art. 177 EWG-Vertrag). Eine Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer mit den Schutzvorschriften dieses Gesetzes ist nur bei Arbeitnehmern geboten, die Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der EG sind und im Geltungsbereich des Arbeitsplatzschutzgesetzes beschäftigt sind (EuGH vom 15. Oktober 1969 - Rechtssache 15/69 - AP Nr. 2; BAG 21, 356 = AP Nr. 1, beide zu Art. 177 EWG-Vertrag; BAG vom 5. Dezember 1969, aaO; vgl. auch Lepke, Die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, S. 48 f.; KR-Weigand, § 2 ArbPlSchG Rz 2; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, Anhang 1 § 626 BGB Anm. 3 b; Sahmer, AR-Blattei, Wehrdienst IV ArbPlSchG, Arbeitsplatzschutz von Wehrpflichtigen und Soldaten auf Zeit, zu B).



bb) Da der Kläger unstreitig als türkischer Staatsangehöriger nicht zu den über Art. 177 EWG-Vertrag unmittelbar privilegierten Personen gehört und weil insoweit eine Gleichstellung türkischer Staatsbürger auch durch die bisher zwischen der EG und der Türkei abgeschlossenen Assoziierungsabkommen nicht erzielt worden ist, läßt die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts auch unter diesem Gesichtspunkt keine Rechtsfehler erkennen.

b) Unzutreffend ist indessen die Auffassung des Berufungsgerichts, ein ausländischer Arbeitnehmer aus einem Nicht-EG-Staat könne, auch wenn er lediglich einen auf zwei Monate abgekürzten Wehrdienst abzuleisten habe, keinen Anspruch auf Freistellung oder gar ein Leistungsverweigerungsrecht haben.

Dieses Leistungsverweigerungsrecht ergibt sich allerdings nicht aus einer analogen Anwendung der §§ 273, 320 BGB, weil jene Zurückbehaltungsrechte der Durchsetzung anderer bestehender und einklagbarer Rechtsansprüche dienen. Funktion der Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273, 320 BGB ist es, den Gläubiger unter Druck zu setzen, um ihn zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten zu veranlassen und die Anrufung des Gerichts zu ersparen (vgl. Söllner, ZfA 1973, 1, 3, 27 m.w.N.). Der Streitfall unterscheidet sich von den in den §§ 273, 320 BGB geregelten Fällen gerade dadurch, daß der Kläger keinen weiteren Rechtsanspruch hat, dem mit der Vorenthaltung der Arbeitskraft Nachdruck verliehen werden soll. Er befindet sich vielmehr in einer Pflichtenkollision. Seiner vertraglichen Verpflichtung zur Arbeitsleistung steht seine öffentliche Pflicht zum Wehrdienst in der Türkei gegenüber, deren Nichtbefolgen Wehrstrafen bis hin zur Todesstrafe, den Entzug des Passes und damit den Verlust der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis in der Bundesrepublik Deutschland nach sich zieht.

c) Daher gab es für den Kläger auch keine freie Entscheidung für die Erfüllung der Arbeitspflicht und gegen die Ableistung des Wehrdienstes. Der Kläger hatte praktisch keine andere Wahl, als den Wehrdienst anzutreten und damit zugleich der Arbeit fernzubleiben. Insofern besteht auch



ein Unterschied zu allen Fallkonstellationen, in denen der Arbeitnehmer aus privaten Gründen um unbezahlten Urlaub bittet, etwa zum Besuch eines erkrankten Verwandten, für eine Bildungsreise, zur Regelung einer Erbschaftsangelegenheit. Zu Recht hat von Hoyningen-Huene (NJW 1981, 713, 716) deshalb davor gewarnt, für ähnliche Fälle den Urlaubsbegriff zu verwenden und die Auffassung vertreten, aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers lasse sich ein Anspruch auf unbezahlte Freistellung entnehmen, wenn es dem Arbeitnehmer im Sinne von § 626 BGB vorübergehend unzumutbar sei, seine Arbeitsleistung zu erbringen und auch eine umfassende Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausfalle.

d) Nach Auffassung des Senats ist auch die Begründung eines Freistellungsanspruchs in Fällen der vorliegenden Art keine ganz sachgerechte Lösung, legt sie doch nahe, vom Arbeitnehmer zu verlangen, den Anspruch – notfalls im einstweiligen Verfügungsverfahren – gerichtlich klären zu lassen. Gerade das ist aber im Falle der Pflichtenkollision nicht erforderlich und manchmal – wie der vorliegende Fall zeigt – aus Zeitgründen auch nicht möglich. Zudem ist bei einem Freistellungsanspruch, der aus der Fürsorgepflicht abgeleitet wird, auch entsprechend § 7 BUrlG eine zeitliche Festlegung durch den Arbeitgeber nach billigem Ermessen (BAG vom 4. Dezember 1970 – 5 AZR 242/70 – AP Nr. 5 zu § 7 BUrlG) zu erwägen. Auch dafür ist bei einer echten Pflichtenkollision kein Raum.

Bereits aus den Motiven zu § 616 BGB (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Motive, S. 258) läßt sich entnehmen, daß § 616 BGB "insbesondere auch in angemessener Weise den Wehrpflichtigen zustatten" komme, "die vorübergehend und nur auf kurze Zeit zum Militärdienst eingezogen würden." Damit war zwar nur die deutsche Wehrpflicht gemeint. Immerhin ist aber der Schluß gerechtfertigt, daß § 616 BGB bei der Kollision von Arbeitspflicht und nichtvertretbarer öffentlich-rechtlicher Pflicht gegenüber deutschen Institutionen mit hoheitlicher Sanktion dem Arbeitgeber die Lohnzahlung aufbürden wollte (vgl. dazu näher Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, 1969, S. 107),

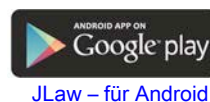


wenn der Arbeitnehmer infolge der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der Arbeit fernblieb. Das setzt gedanklich eine Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht für die Zeit voraus, in der er der nicht durch sein Verhalten (etwa Strafantritt) begründeten öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nachkommt (Fabricius, aaO, S. 108). Die deutsche Rechtsordnung regelt zwar nicht die öffentlich-rechtlichen Pflichten ausländischer Arbeitnehmer gegenüber ihren Heimatländern. Es besteht auch kein Anlaß, sie auch nur annähernd so zu behandeln wie Konfliktlagen, die sich für den deutschen Staatsbürger aus der Wahrnehmung seiner Wehrpflicht ergeben. Immerhin zeigen die Materialien zu § 616 BGB die Ansätze für ein Leistungsverweigerungsrecht bei Kollisionen zwischen Arbeitspflicht und Wehrdienstverpflichtung. Ein weiterer Hinweis hierfür ergibt sich aus § 72 HGB in der Fassung vom 18. April 1950 (BGBl. I, 90), nach dessen Ziff. 3 der Prinzipal dem Handlungsgehilfen aus wichtigem Grund fristlos kündigen durfte, wenn dieser "durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird", es sei denn, besondere Umstände rechtfertigten eine andere Beurteilung. Bei einem Wehrdienst von nicht mehr als acht Wochen schied danach ein Recht zur fristlosen Kündigung aus. Auch hier war natürlich in erster Linie an den deutschen Wehrdienst gedacht. Die Vorschrift wurde aber nicht gleich aufgehoben, nachdem für deutsche Arbeitnehmer die Sonderregelung des Arbeitsplatzschutzgesetzes in Kraft trat, sondern wurde von diesem Zeitpunkt ab auf militärische Dienstleistungen von Ausländern im Ausland angewendet (vgl. Baumbach/Duden, HGB, 13. Aufl. 1959, § 72 Anm. 4 A).

e) Kann also auch einzelnen Vorschriften ein Leistungsverweigerungsrecht bei der Kollision von Arbeitspflicht und Verpflichtung zum ausländischen Wehrdienst nicht entnommen werden, so ergibt sich aus ihnen doch, daß bei der vorliegenden Fallgestaltung der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht rechtswidrig verletzt, wenn er der Arbeit fernbleibt, um den Militärdienst anzutreten. Für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in den Fällen der unvermeidbaren Pflichtenkollision spricht auch der den §§ 228, 904 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke. Im Anschluß an



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



Herschel (Anm. zum Urteil des BAG vom 19. April 1978 - 5 AZR 834/76 - BAG 30, 240 = AP Nr. 48 zu § 616 BGB) nimmt der Senat daher an, die Pflicht zur Ableistung des türkischen Wehrdienstes erweise sich gegenüber der Arbeitspflicht wegen der bei der Verweigerung des Wehrdienstes einschneidenden Sanktionen als die stärkere. Sie gibt dem Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, das er einredeweise geltend machen kann. Das Bestehen zweier Pflichten, die nicht gleichzeitig nebeneinander erfüllt werden können, und die zu berücksichtigenden schutzwürdigen Interessen beider Parteien zeigen, daß das Leistungsverweigerungsrecht aber nicht absolut sein kann, sondern sich Umfang und Grenzen streng an einer Abwägung der beiderseitigen Interessen ausrichten.

Schon das Arbeitsplatzschutzgesetz, das für türkische Arbeitnehmer nicht, auch nicht nur analog anwendbar ist, steht jedoch einem Leistungsverweigerungsrecht für den verkürzten türkischen Wehrdienst entgegen. Anderenfalls würde der türkische Wehrpflichtige dem deutschen doch in etwa gleichgestellt, was Sinn und Zweck des Arbeitsplatzschutzgesetzes widersprechen würde. Nur für den abgekürzten türkischen Wehrdienst von zwei Monaten kann ein Leistungsverweigerungsrecht bestehen. Aber auch hier kann die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers ausfallen, wenn die Fortsetzung der Arbeitsleistung des türkischen Arbeitnehmers für den geordneten Betriebsablauf von erheblicher Bedeutung ist und der Arbeitgeber durch den Ausfall in eine Zwangslage gebracht wird, die er nicht durch zumutbare Überbrückungsmaßnahmen beheben kann. Das ist beispielsweise denkbar bei einem Bauunternehmer, dessen Belegschaft von zehn Arbeitnehmern ausschließlich aus Türken besteht und von denen gleichzeitig drei oder vier den verkürzten Militärdienst antreten müssen oder auch bei dem Inhaber einer Autoreparaturwerkstatt, dessen einziger Autoschlosser Türke ist.

f) Die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts führt in diesen Fällen zur Suspendierung der beiderseitigen Hauptpflichten. Der türkische Arbeitnehmer erhält also für



die Dauer des Wehrdienstes im Ausland keinerlei Entgelt. Das ergibt sich aus der analogen Anwendung von § 323 BGB, die Arbeitsverhinderung kann hier wegen der einschneidenden Sanktionen des türkischen Staates der subjektiven Unmöglichkeit der Erfüllung der Arbeitspflicht gleichgestellt werden. Es entfällt auch die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Erkrankung des Arbeitnehmers, weil dieser an der Arbeit kausal nicht infolge der Krankheit, sondern bereits wegen der Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechts verhindert ist. Das gleiche ergibt sich aus dem den Entgeltfortzahlungsvorschriften zugrunde liegenden Lohnausfallprinzip: Der Arbeitnehmer hätte auch kein Entgelt erhalten, wenn er gesund gewesen wäre (für unbezahlten Urlaub ebenso BAG vom 10. Februar 1972 - 5 AZR 330/71 - AP Nr. 15 zu § 1 LohnFG und vom 17. November 1977 - 5 AZR 599/76 - AP Nr. 8 zu § 9 BUrlG; Boldt/Röhlsler, BUrlG, 2. Aufl. 1968, § 9 Rz 43 und von Hoyningen-Huene, aaO, S. 719 m.w.N. in Fußn. 65).

Es ist nicht allgemein zu bestimmen, ob und wie sich die durch den abgekürzten Wehrdienst bedingte Fehlzeit auch auf sonstige soziale Leistungen des Arbeitgebers auswirkt. Das hängt vielmehr jeweils von den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen oder der Auslegung der für Grund und Höhe geltenden Bestimmungen ab, soweit diese auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit abstellen. Bei einer Dauer des Leistungsverweigerungsrechts von zwei Monaten wird auch das Sozialversicherungsverhältnis unterbrochen. Nach § 311 Satz 1 Nr. 1 RVO bleibt die Mitgliedschaft von krankenversicherten Arbeitnehmern bestehen, wenn das Arbeitsverhältnis ohne Entgeltzahlung fortbesteht, nicht jedoch über die Dauer von drei Wochen hinaus. Daraus hat die Rechtsprechung entnommen, bei der Vereinbarung von unbezahltem Urlaub über drei Wochen hinaus, der nicht der Erholung dienen solle, seien die Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift des § 311 Satz 1 Nr. 1 RVO nicht mehr gegeben, vielmehr liege ein entgeltloses Beschäftigungsverhältnis vor, das nicht der Versicherungspflicht unterliege (BSG vom 14. Dezember 1976 - 3 RK 50/74 - AP Nr. 7 zu § 9 BUrlG). Es sind dann weder Sozialversicherungsbeiträge noch Krankengeld zu zahlen.



Da beim Leistungsverweigerungsrecht überhaupt kein Anknüpfungspunkt zum Erholungsurlaub besteht und die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis von vornherein für zwei Monate suspendiert werden, entspricht diese Fallgestaltung dem vom Bundessozialgericht entschiedenen Sachverhalt, so daß auch hier ein versicherungsloses Arbeitsverhältnis anzunehmen ist. Aus der Begründung des Leistungsverweigerungsrechts mit der Pflichtenkollision folgt damit zugleich eine interessengerechte Aufteilung der Risiken, die sich für die Parteien des Arbeitsvertrages ergeben. Mit dem Leistungsverweigerungsrecht wird der Bestand des Arbeitsverhältnisses in den unter B II 2 b - e angeführten Grenzen geschützt. Da die Ursache für die Arbeitsverhinderung, die ausländische Wehrpflicht, nicht mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht, entfallen zugleich alle Ansprüche auf Entgelt.

3. Die Anwendung dieser Grundsätze führt zu dem Ergebnis, daß der Kläger ein Leistungsverweigerungsrecht gehabt hat und aus diesem Grunde die Drohung mit der fristlosen Kündigung widerrechtlich gewesen ist.

a) Im Falle des Nichtantritts seines Wehrdienstes in der Türkei hätten dem Kläger erhebliche Nachteile wehrstrafrechtlicher Art bis hin zur Todesstrafe gedroht. Er hätte bei einem evtl. späteren Besuch in der Türkei seine Verhaftung und selbst im Falle seines Aufenthaltes in der Bundesrepublik Deutschland den Entzug seines Passes und - daraus folgend - den seiner Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis zu erwarten gehabt. Das ist zwischen den Parteien unstreitig. Die drohenden Sanktionen hat der Kläger auch auf andere Weise nicht abwenden können. Er hat sie auch nicht etwa dadurch herbeigeführt, daß er die Möglichkeit genutzt hat, den Wehrdienst durch Zahlung von 20.000,-- DM auf zwei Monate zu beschränken, denn dadurch hat er nur die Dauer seines Wehrdienstes verkürzt, nicht aber dessen zeitliche Lage beeinflußt. Der Kläger hat den Antrag auf Beurlaubung auch unmittelbar, nachdem er vom Zeitpunkt seines Dienstantritts erfahren hatte, gestellt.

b) Die Beklagte ist durch die Arbeitsverhinderung des Klägers nicht in eine Zwangslage geraten. Sie hat zwar



vorgetragen, sie habe angesichts der personellen Unterdeckung von 10 % in ihrem Rangierbetrieb auf den Kläger nicht verzichten können; hätte sie ihn von der Arbeit freigestellt, wären für ihre übrigen in diesem Betriebsteil Beschäftigten unzumutbare Belastungen und für sie selbst infolge der Mehrarbeitszuschläge eine erhebliche finanzielle Mehrbelastung eingetreten. Bei dieser Argumentation geht die Beklagte jedoch über die unstreitige Tatsache hinweg, daß die personelle Unterdeckung in ihrem Rangierbetrieb und die damit verbundenen organisatorischen Probleme nicht erst durch die Abreise des Klägers entstanden sind, sondern bereits vorher bestanden und der Kläger sowie seine Arbeitskollegen aus diesem Grunde ständig Überstunden geleistet haben. Dennoch hat es die Beklagte nicht für erforderlich gehalten, weiteres Personal einzustellen, dies hat sie auch unterlassen, nachdem der Kläger in die Türkei gefahren war. Statt dessen hat sie unmittelbar im Anschluß an den Wehrdienst beschlossen, die Belegschaft um 10 % zu verringern. Dies zeigt zusammen mit der Befürwortung der vom Kläger beantragten Freistellung durch den technischen Betriebsleiter der Beklagten, daß diese durch die zweimonatige Abwesenheit des Klägers nicht in eine Zwangslage geraten ist. Bei dieser Sachlage hätte ein verständiger Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung nicht erwogen und deren Androhung nicht dazu benutzt, den Kläger zu einer Eigenkündigung zu bewegen.

III. Hat der Kläger also seine Kündigung nach § 123 BGB wirksam wegen widerrechtlicher Drohung angefochten, besteht das Arbeitsverhältnis fort mit der Rechtsfolge, daß die Beklagte den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen hat.

Dementsprechend war auf die Revision das Urteil des Arbeitsgerichts wieder herzustellen mit der Kostenfolge aus §§ 91, 97 ZPO.

Hillebrecht

Dr. Rösler

Dr. Weller

Schulze

Dr. Bächle

