

Aktenzeichen: 2 AZR 298/81

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 25. Februar 1983

- 2 AZR 298/81 -

I. Arbeitsgericht

Köln

Urteil vom 12. November 1980

- 7 Ca 5248/80 -

II. Landesarbeitsgericht

Düsseldorf

Urteil vom 29. April 1981

- 22 Sa 82/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja (auszugsweise)

Entscheidungsstichwort:

Fristlose Kündigung, Beginn der Ausschußfrist

Gesetz:

BGB § 626 Ausschußfrist, §§ 130, 132, 242, 626 Abs. 1;

BPersVG § 75; BUrlG § 7; KSchG 1969 § 4

Leitsatz:

Nimmt der Arbeitnehmer eigenmächtig Urlaub, so beginnt die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB für eine hierauf gestützte außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers aus wichtigem Grund mit der Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Urlaub.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 298/81

22 Sa 82/81 Düsseldorf

Verkündet am
25. Februar 1983

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 25. Februar 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Holzmann und Dr. Bensinger für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 29. April 1981 - 22 Sa 82/81 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1940 geborene Kläger, ein türkischer Staatsangehöriger, war seit 1. Mai 1970 bei der Beklagten als Rangierarbeiter im Bahnhof Eifeltor in Köln gegen einen Monatslohn von zuletzt 2.100,-- DM brutto beschäftigt. Er ist verheiratet und hat ein berufstätiges Kind sowie zwei schulpflichtige Kinder. Auch seine Ehefrau ist berufstätig. Zu der Dienststelle gehört ein Rangierbahnhof und ein Bahnbetriebswerk.

Im November 1979 fand in der Dienststelle eine Personalversammlung statt, in der auch die Urlaubsplanung für das kommende Urlaubsjahr (1. April 1980 bis 31. März 1981) erörtert wurde. Der Kläger nahm hieran nicht teil. Vom 30. November bis 31. Dezember 1979 war er arbeitsunfähig krank. Mit Eingang bei der Dienststelle am 10. Januar 1980 beantragte der Kläger Urlaub für die Zeit vom 16. Juni bis 15. Juli 1980. Mitte Januar 1980 wurde der mittlerweile zwischen der Dienststelle und dem örtlichen Personalrat vereinbarte Urlaubsplan in der Dienststelle durch Aushang bekanntgegeben. Der Kläger, der darin nicht aufgeführt war, nahm hiervon Kenntnis. Nach Bekanntmachung des Urlaubsplans fand im Januar 1980 eine weitere Personalversammlung statt, in der nochmals die Urlaubsplanung erörtert wurde. Hieran nahm auch der Kläger teil. Mit Eingang bei der Dienststelle am 5. April 1980 wiederholte er seinen Urlaubswunsch. Anlässlich einer Vorsprache in der Dienststelle am Freitag, dem 13. Juni 1980, wurde ihm erklärt, daß ihm Urlaub in der gewünschten Zeit nicht gewährt werden könne.

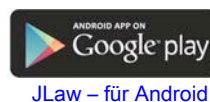
Ab Montag, dem 16. Juni 1980, blieb der Kläger der Arbeit fern. Er war mit seiner Familie in die Türkei gefahren und kehrte von dort am Sonntag, dem 20. Juli 1980, nach Köln zurück. Am 3. Juli 1980 beantragte der Dienststellenleiter bei dem örtlichen Personalrat die Zustimmung zu einer fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers mit der Begründung, der Kläger sei seit 16. Juni 1980 durch Selbstbeurlaubung unentschuldigt dem Dienst ferngeblieben. Der örtliche Personalrat stimmte noch am selben Tag zu.

Mit Schreiben vom 7. Juli 1980 sprach die Beklagte dem Kläger die fristlose Kündigung aus. Die Beklagte gab das mit der Wohnungsanschrift des Klägers in Köln versehene Schreiben

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

mit Postzustellungsurkunde zur Zustellung an die Post. Da der Kläger bei dem Zustellungsversuch nicht angetroffen wurde, wurde das Kündigungsschreiben am 9. Juli 1980 bei der Postanstalt hinterlegt und eine schriftliche Benachrichtigung hiervon in seinen Briefkasten geworfen. Der Kläger holte das Schreiben am Montag, dem 21. Juli 1980, bei der Postanstalt ab.

Mit der am 31. Juli 1980 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage wehrt sich der Kläger gegen diese Kündigung, die er für rechtsunwirksam hält. Er hat beantragt festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden sei, sondern über den 21. Juli 1980 hinaus auf unbestimmte Zeit fortbestehe. Er hat ferner, soweit es für die Revisionsinstanz interessiert, zuletzt von der Beklagten noch für die Zeit vom 16. Juni bis September 1980 Lohnzahlung in Höhe von 7.368,32 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit 11. September 1980 abzüglich 2.366,40 DM erhaltenen Arbeitslosengeldes gefordert.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und zur Begründung vorgetragen:

Der Kläger sei eigenmächtig in Urlaub gefahren und habe sogar den von ihm beantragten Urlaub noch um fünf Tage überschritten. Die Dienststelle habe mit dem örtlichen Personalrat vereinbart, daß den Rangierarbeitern, soweit sie Urlaub während der Sommerferien in Nordrhein-Westfalen (19. Juni bis 2. August 1980) nähmen, jeweils nur höchstens drei Wochen innerhalb von zwei Zeitabschnitten (23. Juni bis 12. Juli und 14. Juli bis 2. August 1980) gewährt würden und die Urlaubswünsche bis 27. Dezember 1979 anzumelden seien. Dies sei in der Personalversammlung vom November 1979 sowie durch Schreiben vom 26. November 1979 bekanntgemacht worden. Der Kläger hätte somit trotz seiner Erkrankung diese Frist einhalten können. Am 10. Januar 1980 sei der Urlaubsplan bereits weitgehend fertiggestellt gewesen. Der Urlaubswunsch des Klägers habe aus diesem Grund und weiterhin auch deshalb nicht berücksichtigt werden können, weil er entgegen der jahrelangen Übung in der Dienststelle nicht nur drei Wochen, sondern mehr als einen Monat Urlaub beantragt habe. In der Mitte Januar 1980 abgehaltenen Personalversammlung sei nochmals darauf hingewiesen worden, daß während der Ferienzeit nicht mehr als drei Wochen Urlaub gewährt werden könnten.



- 4 -

Seinen erstmals am 5. April 1980 erneut gestellten Urlaubsantrag habe die Dienststelle mit Zustimmung des örtlichen Personalrats in der Personalratssitzung vom 19. Mai 1980 abgelehnt. Hiervon sei der Kläger durch Formularschreiben verständigt worden. Sie habe die Urlaubsplanung im Interesse der Beschäftigten äußerst knapp vorgenommen. Der Krankenstand habe im Dienstzweig der Rangierarbeiter mit 8,52 % über dem Dienststellendurchschnitt von 7 % gelegen. Eine Besserung sei nicht zu erwarten gewesen. Diese Gründe habe der Personalrat anerkannt. In der Vorsprache vom 13. Juni 1980 sei dem Kläger erneut erklärt worden, daß seinem Wunsch wegen der knappen Urlaubsplanung und des auf 13,75 % angestiegenen Krankenstandes nicht entsprochen werden könne. Der Kläger habe entgegnet, er werde trotzdem seinen Urlaub antreten. Hierauf sei ihm erklärt worden, er müsse dann mit der Lösung seines Arbeitsverhältnisses rechnen. Der Dienststelle seien 46 Rangierarbeiter zugewiesen. 33 Rangierarbeiter seien zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich. Am 16. Juni 1980 seien jedoch nur 31 Rangierarbeiter verfügbar gewesen, weil sechs wegen Urlaubs und neun wegen Krankheit gefehlt hätten. Der Kläger habe in den Urlaubsjahren 1977/78 und 1978/79 während der Schulferien Urlaub für mehr als einen Monat erhalten und sei damit nicht gegenüber anderen Kollegen benachteiligt worden.

Der Kläger hat erwidert:

Er habe kein Schreiben der Dienststelle vom 26. November 1979 erhalten und wegen seiner Krankheit seinen Urlaubsantrag auch nicht bis 27. Dezember 1979 stellen können. Wegen der geringfügigen Fristüberschreitung hätte sein Antrag nicht abgelehnt werden dürfen. Den wesentlichen Inhalt der Personalversammlung vom Juni 1980 habe er nicht verstanden. Nach seiner Erinnerung im Februar 1980 habe er im Personalbüro erneut Urlaub beantragt. Dieser Antrag sei offenbar abhanden gekommen, so daß er anlässlich einer Nachfrage am 5. April 1980 einen Ergänzungsantrag zum Urlaubsplan gestellt habe. Bis zum 13. Juni 1980 habe er keinen Bescheid erhalten und deshalb angenommen, der Antrag sei genehmigt.

Die Beklagte hätte ihm den beantragten Urlaub gewähren müssen. Er habe seit drei Jahren keinen Urlaub mehr in der Türkei verbringen können. Deshalb sollte dies im Jahre 1980 geschehen. Er habe insbesondere seine Eltern besuchen wollen. Die gesamte Familie habe sich hierauf eingerichtet. Betriebliche Gründe hätten

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

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

nicht entgegengestanden. Seine Arbeitskollegen B und S , letzterer trotz bestehender Arbeitsunfähigkeit, hätten sich am 13. Juni 1980 bereit erklärt, für ihn einzuspringen. Es hätten auch nur drei Mitarbeiter zur selben Zeit Urlaub gehabt. Trotz der krankheitsbedingten Ausfälle sei der Betriebsablauf durch seine Abwesenheit auch tatsächlich nicht beeinträchtigt worden. Die Dienststelle verfüge über 60 bis 70 Rangierarbeiter.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die Kündigungsschutzklage innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG erhoben worden ist.

1. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf die Kündigung der Beklagten sind gegeben. Wollte der Kläger geltend machen, die Kündigung sei als fristlose wegen Fehlens eines wichtigen Grundes rechtsunwirksam und als ordentliche sozial ungerechtfertigt, mußte er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erheben (§ 4 Satz 1, § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Die Klagefrist beginnt mit dem Zugang der Kündigung und ist gewahrt, wenn die Klage innerhalb der folgenden drei Wochen beim Arbeitsgericht eingeht und demnächst dem Arbeitgeber zugestellt wird (§ 46 Abs. 2 ArbGG, §§ 495, 270 Abs. 3 ZPO). Danach ist die Klage im Entscheidungsfall rechtzeitig erhoben worden.

2. Die Kündigung der Beklagten kann frühestens als am 10. Juli 1980 dem Kläger zugegangen gelten.

a) Als empfangsbedürftige Willenserklärung, die in Abwesenheit des Erklärungsempfängers abgegeben wurde, wurde sie in dem Zeitpunkt wirksam, zu dem sie dem Kläger zuging (§ 130 BGB). Zugegangen ist eine Willenserklärung, sobald sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, daß bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, er könne von ihr Kenntnis nehmen (h.M.; vgl. BAG Urteil vom 18. Februar 1977 - 2 AZR 770/75 - AP Nr. 10



- 6 -

zu § 130 BGB; KR-Friedrich, § 4 KSchG Rz 102; jeweils m.w.N.). In diesem Sinne zugegangen ist das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 7. Juli 1980 nicht bereits am 9. Juli 1980. An diesem Tag wurde es bei der Postanstalt niedergelegt. In den Machtbereich des Klägers ist an diesem Tag lediglich die schriftliche Mitteilung über die Niederlegung des Kündigungsschreibens bei der Postanstalt gelangt, die der Postbedienstete in den Briefkasten des Klägers geworfen hatte. Der Benachrichtigungszettel ersetzt jedoch nicht den Zugang des Briefes. Dies gilt sowohl für eingeschriebene Briefe (BAG Urteil vom 15. November 1962 - 2 AZR 301/62 - AP Nr. 4 zu § 130 BGB; BGH VersR 1971, 262) als auch dann, wenn das Schreiben, wie im Entscheidungsfall, im unmittelbaren Auftrag des Absenders mit Postzustellungsurkunde zur Postzustellung gegeben und im Wege der Ersatzzustellung durch Niederlegung bei der Postanstalt zugestellt wird (BGH NJW 1977, 194; KR-Friedrich, § 4 KSchG Rz 113 m.w.N.).

b) Durch die vorgenommene Zustellung ist der Zugang der Kündigungserklärung auch nicht ersetzt worden.

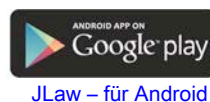
aa) Die Zustellung ist auf Anordnung der beklagten Deutschen Bundesbahn vorgenommen worden. Nach § 1 des Verwaltungszustellungsgesetzes (VwZG) vom 3. Juli 1952 (BGBl. I 1952, 379) stellen die Bundesbehörden sowie die bundesunmittelbaren Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie die Landesfinanzbehörden nach den Vorschriften des genannten Gesetzes zu. Gemäß § 3 VwZG kann durch die Post mit Zustellungsurkunde zugestellt werden; hierfür gelten die Vorschriften der §§ 180 bis 186 und 195 Abs. 2 ZPO und damit auch die Bestimmung des § 182 ZPO, wonach die Zustellung in der Form der Niederlegung bei der Post bewirkt werden kann. Die Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes gelten jedoch nicht für Erklärungen, die Behörden oder Körperschaften auf privatrechtlichem Bereich anderen gegenüber abzugeben haben (vgl. BGH NJW 1977, 194 - für die Zustellung nach dem Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz; ferner Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 132 Rz 2, § 130 Rz 78).

bb) Die Kündigung gilt auch nicht gem. § 132 BGB mit der Niederlegung bei der Post als zugegangen. Diese Vorschrift ist nur anwendbar, wenn die Willenserklärung durch Vermittlung eines

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

Gerichtsvollziehers zugestellt wird. Eine von dem eindeutigen Gesetzeswortlaut abweichende ausdehnende Auslegung dieser Vorschrift ist nicht zulässig. Der Gesetzesgeber wollte die Möglichkeit schaffen, Willenserklärungen in dem gesetzlich ausgeprägten Zustellungsverfahren durch den Gerichtsvollzieher als einem mit öffentlichem Glauben bekleideten Beamten an den Erklärungsempfänger gelangen zu lassen und eine öffentliche Beurkundung über die Zustellung zu sichern (so BGH NJW 1977, 194 m.w.N. aus dem Schrifttum; ferner KR-Friedrich, § 4 KSchG Rz 116).

c) Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob der Kläger das Kündigungsschreiben nicht aus dem Gesichtspunkt der Zugangsvereitelung gemäß § 242 BGB zu einem früheren Zeitpunkt als am Tage der Abholung des Schreibens bei der Post am 21. Juli 1980 gegen sich gelten lassen muß. Dies führt jedoch zu keinem dem Kläger ungünstigen Ergebnis.

aa) Verzögert der Empfänger den Zugang einer Kündigung, so muß er sie zu einem früheren Zeitpunkt als zugegangen gegen sich gelten lassen, wenn es ihm nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf eine Verspätung des Zugangs zu berufen, für die er selbst für sein Verhalten die alleinige Ursache gesetzt hat (vgl. Senatsurteil vom 18. Februar 1977, aaO, zu A II 3 d der Gründe). Den Zeitpunkt, zu dem in einem solchen Fall der Zugang anzunehmen ist, hat der Senat in dieser Entscheidung offen gelassen. Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht muß sich der Arbeitnehmer dann so behandeln lassen, als ob ihm die Kündigung zum normalen Zeitpunkt zugegangen wäre. Bei Übersendung durch Einschreiben soll dies der Zeitpunkt sein, in dem er Brief, der nach Hinterlassung des Benachrichtigungszettels auf der Postanstalt niedergelegt wurde, üblicherweise abgeholt wird (vgl. KR-Friedrich, § 4 KSchG Rz 126-128).

bb) Im Entscheidungsfall kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß der Kläger sich nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen so behandeln lassen muß, als ob ihm das Kündigungsschreiben zu dem Zeitpunkt zugegangen wäre, zu dem es bei Anwesenheit an seinem Wohnort üblicherweise von der Post abgeholt worden wäre. Das Kündigungsschreiben kann danach frühestens am 10. Juli 1980 als dem Kläger zugegangen gelten. Der Benachrichtigungszettel über die Niederlegung des Kündigungsschreibens bei der Postanstalt

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

- 8 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 8 -

wurde am 9. Juli 1980, einem Mittwoch, in den Briefkasten des Klägers geworfen. Eine Abholung des Schreibens am folgenden Tag ist aber nach den Gepflogenheiten des Arbeitslebens, falls nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen, noch als üblich anzusehen (vgl. KR-Friedrich, aaO, Rz 127, 128).

3. Auch bei einem zu erwägenden Zugang der Kündigung am 10. Juli 1980 ist die dreiwöchige Klagefrist des § 4 KSchG jedoch erst am 31. Juli 1980 abgelaufen (§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB). An diesem Tag ist die Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht eingegangen. Sie ist der Beklagten lt. Empfangsbekanntnis am 5. August 1980 und somit gemäß § 270 Abs. 3 ZPO auch noch demnächst, d.h. in einer den Umständen nach angemessenen Frist zugestellt worden (vgl. KR-Friedrich, § 4 KSchG Rz 140 m.w.N.). Die Klage ist damit in jedem Fall fristgerecht erhoben worden.

II. Das Berufungsgericht hat ferner richtig erkannt, daß die Beklagte das Recht, sich auf die eigenmächtige Urlaubsnahme des Klägers als wichtigen Grund für die fristlose Kündigung zu berufen, nicht wegen Versäumung der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB verwirkt hat. Die Frist beginnt in Fällen dieser Art nicht mit dem Urlaubsantritt, sondern mit der Rückkehr aus dem eigenmächtig genommenen Urlaub. Die Ausschlußfrist für die Rechtfertigung der fristlosen Kündigung aus diesem Grund war somit bei Zugang der Kündigung an den Kläger noch nicht abgelaufen, gleichgültig, zu welchem Zeitpunkt dieser im Entscheidungsfall anzunehmen ist.

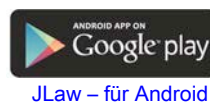
1. Nach § 626 Abs. 2 BGB beginnt die Ausschlußfrist mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Bleibt der Arbeitnehmer - wie im Streitfall zunächst zu unterstellen ist - unberechtigt und unentschuldigt längere Zeit der Arbeit fern, so handelt es sich um einen echten Dauergrund oder Daueratbestand mit der Folge, daß die Ausschlußfrist erst mit Beendigung dieses Zustandes beginnt.

Die Besonderheit des echten Dauergrundes besteht darin, daß fortlaufend neue Tatsachen eintreten, die für die Kündigung maßgebend sind. Hiervon zu unterscheiden sind die Tatbestände, die bereits abgeschlossen sind und nur noch fortwirken. Dies

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ist z.B. der Fall, wenn der Arbeitnehmer mehrere Vertragspflichtverletzungen begangen hat und hierdurch ein fortwirkender Vertrauensverlust bei dem Arbeitgeber entsteht. In diesem Fall sind die tatsächlichen Vorgänge, auf die die Kündigung gestützt wird und die nach § 626 Abs. 2 BGB für den Fristbeginn maßgebend sind, bereits abgeschlossen. Ob deshalb bei dem Arbeitgeber ein zur fristlosen Kündigung berechtigender Vertrauensverlust eingetreten ist, ist eine Schlußfolgerung, die im Rahmen der Interessenabwägung vorzunehmen, deren Ergebnis jedoch keine für den Fristbeginn maßgebende Tatsache ist (BAG 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist, zu II 2 b der Gründe). Bleibt der Arbeitnehmer dagegen unbefugt der Arbeit fern, so entsteht mit jedem Tag des Fernbleibens eine neue, für die Kündigung maßgebliche Tatsache, und dieser Tatbestand dauert bis zur Wiederaufnahme der Arbeit an. Dies rechtfertigt es, in solchen Fällen die Ausschußfrist erst mit dem Ende dieses Dauertatbestandes beginnen zu lassen.

2. Diese Auffassung wird im Schrifttum überwiegend vertreten (vgl. KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 227; MünchKomm-Schwerdtner, § 626 BGB Rz 146, 148; Palandt/Putzo, BGB, 42. Aufl., § 626 Anm. 3 b, cc; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 351; für den Fall des eigenmächtig genommenen Urlaubs: Kapischke, BB 1981, 189; a.M. ArbG Münster, BB 1982, 1987; Gerauer, BB 1980, 1332).

a) Gerauer (aaO) begründet seine abweichende Ansicht im wesentlichen wie folgt:

Trete der Arbeitnehmer zwar mit Wissen, aber ohne Erlaubnis des Arbeitgebers den Urlaub an, so kenne der Arbeitgeber von diesem Zeitpunkt an die Tatsache, die im konkreten Fall die außerordentliche Kündigung rechtfertige, und könne somit darüber entscheiden, ob er die Kündigung aussprechen wolle. Dies entspreche auch dem Gesetzeszweck. Der Kündigende solle die Kündigung innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist aussprechen, wenn er nicht das anlässlich des jeweiligen Einzelfalls bestehende Kündigungsrecht verlieren wolle. Diese Überlegungsfrist solle beginnen, wenn der Sachverhalt hinreichend geklärt und das Ergebnis dem Kündigungsberechtigten bekannt sei.

Nach Ansicht des Arbeitsgerichts Münster (aaO) soll dies zumindest dann gelten, wenn dem Arbeitgeber im Rahmen der



Mitwirkung des Betriebsrats nach § 102 oder § 103 BetrVG bereits dessen Stellungnahme vorliegt und der Arbeitgeber auch nicht das Urlaubsende abwartet, um durch Rücksprache mit dem Arbeitnehmer etwa vorhandene Mißverständnisse zu klären. Dies sei ein ausreichendes Indiz dafür, daß der Sachverhalt bereits mit dem eigenmächtigen Urlaubsantritt geklärt gewesen sei. In diesem Falle sei die maßgebende Tatsache der eigenmächtige Antritt des Urlaubs und nicht das weitere Fernbleiben von der Arbeit. Dies führe auch nicht dazu, daß der Arbeitgeber lediglich auf das unberechtigte Fernbleiben des Arbeitnehmers in den ersten beiden Wochen reagieren dürfe. Insoweit stünden dem Arbeitgeber andere, jedoch weniger schwerwiegende Sanktionsmöglichkeiten, z.B. die ordentliche Kündigung oder Anspruch auf Schadenersatz, zur Verfügung.

In diese Richtung zielen auch die Angriffe der Revision, wenn sie ausführt, im vorliegenden Fall seien die Auswirkungen des Fernbleibens des Klägers auf das Betriebsgeschehen unberücksichtigt geblieben, Kündigungsgrund sei somit allein bereits der eigenmächtige Urlaubsantritt gewesen.

b) Diese Argumente überzeugen nicht.

Nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 2 BGB ist für den Fristbeginn auf die für die Kündigung maßgebenden Tatsachen abzustellen. Bleibt der Arbeitnehmer längere Zeit unbefugt der Arbeit fern, so begeht er jeden Tag von neuem eine Vertragsverletzung. Erklärt der Arbeitgeber erst einige Zeit nach dem Urlaubsantritt, jedoch vor der Rückkehr des Arbeitnehmers die Kündigung, so muß nicht bereits der Antritt des Urlaubs ohne Rücksicht auf die Dauer des Fernbleibens der maßgebliche Grund für die Kündigung gewesen sein. Der Arbeitgeber kann aus verschiedenen Erwägungen eine Weile zugewartet haben, bevor er zu dem äußersten Mittel der fristlosen Entlassung griff. Kapischke (aaO) weist zutreffend darauf hin, daß das Gewicht eines unberechtigten Fernbleibens von der Arbeit mit seiner Dauer zunimmt und der Arbeitgeber zunächst auch noch auf Einsicht des Arbeitnehmers gehofft haben kann. Würde man den Arbeitgeber zwingen, spätestens zwei Wochen nach dem eigenmächtigen Urlaubsantritt fristlos zu kündigen, um den Verlust des Kündigungsrechts zu vermeiden, so würden Arbeitnehmerschutzbestimmungen in ihr



Gegenteil umschlagen (vgl. MünchKomm-Schwerdtner, aaO, Rz 148; Zöllner, Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 22 III 4 a).

Wie das angefochtene Urteil in diesem Zusammenhang zutreffend ausführt, spricht auch der Gesetzeszweck für diese Ansicht. Die zeitliche Begrenzung der Ausübung des Kündigungsrechts beruht einmal auf kollektiven Überlegungen. Bei personellen Maßnahmen darf zur Erhaltung des Betriebsfriedens keine längere Ungewißheit über das Schicksal des Arbeitsverhältnisses eintreten. Im Bereich des Individualrechts spricht für die Befristung der Kündigungsbefugnis das Gebot der Rechtssicherheit für die Arbeitsvertragsparteien. Hat der eine Vertragsteil die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung verwirklicht, dann darf nicht unangemessen lange Zeit ungewiß bleiben, ob der andere Teil daraus die kündigungsrechtlichen Folgen zieht. Der Kündigungsberechtigte soll sich keinen Kündigungsgrund "aufsparen" können, um den Vertragsgegner unter einen gewissen Druck zu setzen (vgl. BAG 23, 475 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, zu II der Gründe). Das angefochtene Urteil weist jedoch mit Recht darauf hin, daß der Arbeitnehmer, solange er sein rechtswidriges Verhalten fortsetzt, kein schutzwertes Vertrauen darauf hat, der Arbeitgeber werde länger als zwei Wochen nach Beginn dieses Verhaltens keine fristlose Kündigung mehr aussprechen. Der Schutz, den das Gesetz dem Gekündigten gegen eine unangemessene Hinauszögerung der Kündigung gewähren will, würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Kündigungsberechtigte gezwungen wäre, in jedem Fall spätestens zwei Wochen nach Beginn des rechtswidrigen Verhaltens des Vertragspartners zu kündigen. Andererseits würden die Rechte des Kündigungsberechtigten unangemessen eingeschränkt, wenn man als Alternative eine Kündigung stets erst nach Beendigung des rechtswidrigen Verhaltens des Vertragspartners zuließe.

III. Auch die Annahme des Berufungsgerichts, für die fristlose Kündigung der Beklagten habe ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB vorgelegen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Die Anwendung dieser Vorschrift durch das Berufungsgericht ist vom Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbar. Im Revisionsverfahren ist nur darüber zu befinden, ob der Tatsachenrichter den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes als solchen richtig erkannt hat, d.h. ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls geeignet ist, einen wichtigen



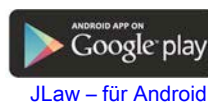
Grund zu bilden und ferner, ob bei der weiter erforderlichen Interessenabwägung alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls dahin abgewogen worden sind, ob es dem Kündigenden unzumutbar geworden ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Frist für die ordentliche Kündigung fortzusetzen. Die Bewertung der für und gegen die Unzumutbarkeit sprechenden Umstände liegt weitgehend im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. BAG 2, 214 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB; 9, 263 = AP Nr. 42 zu § 626 BGB).

Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand.

2. Richtig ist zunächst der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Tritt der Arbeitnehmer ohne vorherige Genehmigung des Arbeitgebers den Urlaub an, so bleibt er grundsätzlich unberechtigt der Arbeit fern (BAG 9, 185, 187 = AP Nr. 58 zu § 611 BGB Urlaubsrecht, zu II 2 der Gründe). Nach § 7 Abs. 1 BUrlG legt der Arbeitgeber den Zeitpunkt fest, zu dem der Arbeitnehmer seinen Urlaub antritt. Auch wenn der Arbeitnehmer den vollen Urlaubsanspruch erworben hat, darf er grundsätzlich den Urlaub nicht nehmen, ohne daß der Zeitpunkt des Urlaubs festgelegt wurde. Geht er eigenmächtig in Urlaub, so ist dieses Verhalten an sich geeignet, sowohl einen Grund zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung (Senatsurteil vom 20. Juni 1978 - 2 AZR 691/76 - nicht veröffentlicht) als auch einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung abzugeben (h.M.; vgl. Boldt/Röhsler, BUrlG, 2. Aufl., § 7 Rz 44; Dersch/Neumann, BUrlG, 6. Aufl., § 7 Rz 3; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 336; Stahlhacke, aaO, Rz 433; jeweils m.w.N. aus der Rechtsprechung der Instanzgerichte). Dies gilt um so mehr, wenn der Arbeitnehmer, wie das Berufungsgericht im Entscheidungsfall, von der Revision ungerügt, festgestellt hat, vorher ermahnt und ausdrücklich darauf hingewiesen wird, sein angekündigtes Verhalten werde zur Kündigung führen.

3. Der Kläger hat seinen Urlaub wissentlich ohne Genehmigung der Beklagten angetreten.

Das Berufungsgericht hat als unstreitig festgestellt, daß die Beklagte den vom Kläger beantragten Urlaub nicht genehmigt



- 13 -

und der Kläger von der Ablehnung seines Urlaubsantrags vom Januar 1980 auch Kenntnis genommen hatte. Nach seinen weiter aufgrund verschiedener Umstände getroffenen Feststellungen hat der Kläger auch in der Folgezeit subjektiv nicht angenommen, der beantragte Urlaub sei ihm bewilligt worden; das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang für bewiesen angesehen, daß der Kläger auch von der Ablehnung seines erneut am 5. April 1980 gestellten Urlaubsantrags unterrichtet worden ist, und zwar vor der Unterredung am 13. Juni 1980. Gegen diese tatsächlichen Feststellungen hat die Revision keine Verfahrensrügen erhoben. Ihnen liegen auch keine Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze zugrunde. Sie sind deshalb für den Senat bindend (§ 561 ZPO).

4. Dieses Verhalten des Klägers war auch widerrechtlich.

a) Das Berufungsgericht hat erwogen, ob der Kläger dann nicht widerrechtlich gehandelt hätte, wenn die Beklagte seinem Urlaubsantrag hätte stattgeben müssen. Es hat diese Frage offen gelassen mit der Begründung, der Kläger habe nicht schlüssig dargelegt, daß seine Eigenmächtigkeit gleichwohl ausnahmsweise nicht widerrechtlich gewesen sei. Hierzu hat es ausgeführt, die Ablehnung des Antrags vom Januar 1980 sei im Hinblick auf die mit dem Personalrat getroffene Dienstvereinbarung gerechtfertigt gewesen, die weder urlaubsrechtlich noch mitbestimmungsrechtlich zu beanstanden sei. Besondere Gründe für einen längeren als den Rangierarbeitern während der Sommerferien zugestandenen Urlaub von drei Wochen hätten beim Kläger nicht vorgelegen. Entgegen seinem Vortrag stehe fest, daß er jedenfalls im Jahre 1977 während der Sommerferien vom 13. Juli bis 18. August Urlaub gehabt habe. Ob die Begründung der Beklagten für die Ablehnung des Antrags vom 5. April 1980 zu pauschal sei, könne dahingestellt bleiben, weil die Darlegungslast beim Kläger liege. Das Berufungsgericht hat dann weiter im einzelnen dargelegt, daß die Beklagte nach dem Sachvortrag des Klägers auch nicht gehalten gewesen sei, seinem Antrag vom 13. Juni 1980 stattzugeben.

b) Diesen Ausführungen kann zwar nicht gefolgt werden, soweit dem Kläger damit die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes aufgebürdet wird. Die Darlegungs- und Beweislast kann nicht derart aufgeteilt werden, daß der Kündigende nur die objektiven Merkmale für einen Kündigungsgrund



und die bei der Interessenabwägung für den Gekündigten ungünstigen Umstände und der Gekündigte seinerseits Rechtfertigungsgründe und für ihn entlastende Umstände vorzutragen und zu beweisen hat. Zu den die Kündigung bedingenden Tatsachen, die der Kündigende darzulegen und ggf. zu beweisen hat, gehören auch diejenigen, die Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers ausschließen (BAG Urteil vom 12. August 1976 - 2 AZR 237/75 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969, zu C III 1 c der Gründe; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 275, 276, 336). Auf die Darlegungs- und Beweislast kommt es jedoch für die Frage des Ausschlusses der Widerrechtlichkeit des eigenmächtigen Urlaubsantritts des Klägers aus folgenden Erwägungen nicht an:

Soweit eine Selbstbeurlaubung des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen der Selbsthilfe (§§ 229, 230 BGB) und des Zurückbehaltungsrechts für zulässig gehalten wird, bleibt dies auf die Fälle beschränkt, in denen für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs nur noch eine begrenzte Zeit, nämlich nach vorausgegangener ordentlicher Kündigung die Kündigungsfrist oder bei einem Hinausziehen des Urlaubs durch den Arbeitgeber nur noch der Rest des Urlaubsjahres zur Verfügung stehen (vgl. Dersch/Neumann, aaO, § 7 Rz 42 bis 44; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 336; a.M. Boldt/Röhsler, aaO, § 1 Rz 47, die jedes Selbsthilferecht ablehnen; § 7 Rz 44, jeweils m.w.N.). Ein solcher Tatbestand lag aber im Entscheidungsfall unstreitig nicht vor. In allen anderen Fällen, in denen der Arbeitnehmer der Auffassung ist, seinem Urlaubswunsch gebühre gegenüber den Interessen des Arbeitgebers oder den Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer nach § 7 Abs. 1 BUrlG der Vorrang, muß er gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen. Deshalb kommt es auch auf die in diesem Zusammenhang gegen das Berufungsurteil erhobenen Revisionsrügen nicht an.

5. a) Im Rahmen der nach § 626 Abs. 1 BGB gebotenen Interessenabwägung hat das Berufungsgericht im wesentlichen ausgeführt:

Der Beklagten sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zuzumuten gewesen. Sie habe auch im Güterverkehr Fahrpläne einzuhalten und deshalb ein besonderes Interesse daran, daß auch ihre Urlaubsplanung für die Rangierarbeiter befolgt



werde. Sie dürfe eine entsprechende Einstellung ihrer Arbeitnehmer erwarten und könne angesichts der Schwierigkeiten bei der Urlaubseinteilung in jedem Sommer mit Recht eine Beeinträchtigung ihres Betriebes befürchten, wenn ein Verhalten wie das des Klägers Schule machen würde. Es sei deshalb nicht erheblich, ob durch das Fernbleiben des Klägers der Betriebsablauf tatsächlich in Schwierigkeiten geraten sei. Die Schwere der Beeinträchtigung der Interessen der Beklagten sei auch unabhängig von der Dauer der Betriebszugehörigkeit und der bislang beanstandungsfreien Arbeit des Klägers. Auf soziale Gründe könne sich der Kläger deshalb nicht berufen, weil er trotz ausdrücklicher Kündigungsandrohung in der Unterredung vom 13. Juni 1980 den Urlaub genommen habe und seinen Arbeitsplatz bewußt aufs Spiel gesetzt habe.

b) Diese Würdigung hält sich im Rahmen des dem Tatsachenrichter eingeräumten Beurteilungsspielraums. Das Berufungsgericht konnte ohne Rechtsfehler im Hinblick auf die Schwere der trotz Androhung kündigungsrechtlicher Konsequenzen begangenen Pflichtverletzung entscheidendes Gewicht darauf legen, daß das Vertrauen der Beklagten in die Zuverlässigkeit des Klägers nachhaltig erschüttert war. Entgegen der Ansicht der Revision ist eine konkrete Beeinträchtigung des Rangierbetriebs keine notwendige Voraussetzung für die Rechtfertigung der fristlosen Kündigung. Auswirkungen auf den Betrieb hatte das Fernbleiben des Klägers von der Arbeit insoweit, als die Beklagte notwendig einen anderen Rangierarbeiter an seiner Stelle einsetzen mußte.

Allerdings sind bei der Interessenabwägung die Umstände zu berücksichtigen, die das Berufungsgericht bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Klägers gewürdigt hat, ob nämlich der Kläger materiellrechtlich einen Anspruch auf die Erteilung des beantragten Urlaubs hatte. Auch für entlastende Umstände im Rahmen der Interessenabwägung trägt der Gekündigte nicht die Darlegungs- und Beweislast (KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 275). Am Ergebnis der Interessenabwägung vermag dies jedoch nichts zu ändern.

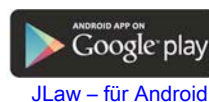
Der Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Kündigenden richtet sich danach, wie substantiiert sich der Gekündigte auf die Kündigungsgründe einläßt. Der Gekündigte muß substantiiert



die Gründe dardun, die ihn an der Arbeitsleistung gehindert haben bzw. sein rechtswidriges Verhalten in einem milderen Licht erscheinen lassen. Dadurch wird die den Kündigenden treffende Beweis- und Darlegungslast für den Ausschluß von Rechtfertigungs- bzw. Milderungsgründen sachgerecht abgestuft (vgl. KR-Hillebrecht, § 626 Rz 277). Im Entscheidungsfall fehlt es jedoch an einem substantiierten Vortrag von Tatsachen durch den Kläger, die eine mildere Beurteilung seines Verhaltens rechtfertigen könnten.

Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe den Urlaubsantrag vom Januar 1980 im Hinblick auf den mit dem Personalrat vereinbarten Urlaubsplan zu Recht abgelehnt. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach § 75 Abs. 3 Nr. 3 BPersVG hat der Personalrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung des Urlaubsplans und der Festsetzung der zeitlichen Lage des Erholungsurlaubs für einzelne Beschäftigte, wenn zwischen dem Dienststellenleiter und den beteiligten Beschäftigten kein Einverständnis erzielt wird. Zwar sind Dienststellenleiter und Personalrat bei der Aufstellung des Urlaubsplans dann, wenn dieser, wie im Entscheidungsfall, die zeitliche Lage des Urlaubs der einzelnen Arbeitnehmer festlegt, an die Bestimmung des § 7 Abs. 1 BUrlG gebunden, daß der Urlaubswunsch des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ist, falls nicht dringende betriebliche Belange oder die Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen (vgl. Dietz/Richardi, BPersVG, 2. Aufl., § 75 Rz 256). Der Kläger hat jedoch nicht näher dargelegt, daß entweder die allgemeine Begrenzung des Urlaubs auf drei Wochen in zwei Zeitabschnitten während der Sommerferien betrieblich nicht geboten oder sein Urlaubswunsch gegenüber den im Urlaubsplan berücksichtigten Kollegen den Vorzug verdient hätte. Die Revision rügt somit zu Unrecht, das Berufungsgericht habe sich mit der Frage nicht auseinandergesetzt, ob betriebliche Belange dem Antrag vom Januar 1980 entgegengestanden hätten. Das Berufungsgericht konnte deshalb ohne Rechtsfehler den Urlaubsplan auch für urlaubsrechtlich bedenkenfrei und die Ablehnung dieses Antrags für begründet erachten.

Da über den erneut gestellten Antrag des Klägers vom 5. April 1980 kein Einverständnis mit dem Dienststellenleiter erzielt werden konnte, hatte der Personalrat bei der Entscheidung



- 17 -

über diesen Antrag mitzuwirken. Auch bei dieser Entscheidung mußte § 7 Abs. 1 BUrlG beachtet werden (vgl. Dietz/Richardi, aaO, § 75 Rz 259 f.). Der Kläger hat aber auch insoweit keine näheren Gründe dafür vorgetragen, weshalb er damals anstelle eines der im Urlaubsplan vorgesehenen Kollegen hätte berücksichtigt werden müssen oder die Beklagte noch genug andere Rangierarbeiter zur Verfügung gehabt habe. Insoweit hat die Revision auch nichts gerügt, ebensowenig zu der Ablehnung des am 13. Juni 1980 wiederholten Antrags des Klägers. Nachdem der Kläger nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts bereits vorher von der Ablehnung seines Antrags vom 5. April 1980 unterrichtet worden war, konnte er am letzten Arbeitstag vor seinem geplanten Urlaub von der Beklagten ohnehin keine Urlaubsgewährung mehr verlangen; denn der Urlaub muß so rechtzeitig beantragt werden, daß dem Arbeitgeber noch eine echte Entscheidungsmöglichkeit verbleibt und er nicht vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Deshalb kommt es auch für die Interessenabwägung auf die Einzelheiten des Parteivortrags über die am 13. Juni 1980 bestehenden Verhältnisse nicht an.

IV. Die Vorinstanzen haben auch die Zahlungsklage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger stehen auch bis zum Wirksamwerden der fristlosen Kündigung für die Dauer seines Fernbleibens keine Lohnansprüche zu, da er bei eigenmächtiger Urlaubsnahme auch kein Urlaubsentgelt fordern kann. Insoweit hat die Revision auch nichts gerügt.

Hillebrecht -
zugleich für den durch
Erkrankung an der Unter-
schrift verhinderten
Richter Dr. Weller

Triebfürst

Holzmann

Bensinger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)