

Aktenzeichen: 2 AZR 350/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 22. Dezember 1982

- 2 AZR 350/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 23. Dezember 1981

Siegburg

- 2 Ca 2665/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 1. Juni 1982

Köln

- 3 Sa 215/82 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Anfechtung einer Kündigung wegen Drohung mit Entlassung

Gesetz:

BGB § 123 Abs. 1, §§ 142, 273, 320, 323, 616, 626;

ArbplSchG § 1 Abs. 1; EWG-Vertrag Art. 177

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Vgl. das zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts  
bestimmte Urteil vom selben Tage im Parallelfall 2 AZR 282/82.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 350/82

3 Sa 215/82 Köln

Verkündet am  
22. Dezember 1982

Bittner,

Amtsinspektor  
als Urkunsbeamter  
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. Röhsler und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Schulze und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 1. Juni 1982 - 3 Sa 215/82 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte 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  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger, der türkischer Staatsangehöriger ist, lebt seit 13 Jahren in Deutschland und ist seit dem 16. Mai 1977 bei der Beklagten als Arbeiter beschäftigt. Er teilte im November 1980 der Beklagten mit, er müsse in der Zeit vom 1. Juni bis zum 31. Juli 1981 seinen auf zwei Monate verkürzten Grundwehrdienst in der Türkei ableisten, nachdem er sich von der Ableistung des vollen Wehrdienstes in der türkischen Armee gegen Zahlung einer Abfindungssumme von 20.000,-- DM freigekauft hatte. Der Kläger bat, ihn für diese Zeit von der Arbeit freizustellen, notfalls sei er auch bereit, seinen Jahresurlaub in diesen Zeitraum zu legen.

In der Folgezeit weigerte sich die Beklagte, den Kläger vom 1. Juni bis zum 31. Juli 1981 von der Arbeit freizustellen oder ihm unbezahlten Urlaub zu gewähren. Nachdem auch die Einschaltung der Gewerkschaft durch den Kläger ergebnislos geblieben war, unterzeichnete er unter dem 18. Mai 1981 - zwischen den Parteien ist streitig, ob die Unterzeichnung nicht tatsächlich am 27. Mai 1981 vorgenommen und auf den 18. Mai 1981 zurückdatiert wurde - eine formularmäßig vorgefertigte Erklärung, die mit "Kündigung" überschrieben ist und in der der Kläger wegen der Ableistung des Grundwehrdienstes das Arbeitsverhältnis zum 27. Mai 1981 gekündigt hat.

Als der Kläger nach Ableistung seines Wehrdienstes am 3. August 1981 die Beklagte um Weiterbeschäftigung bat, wurde ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Hinweis auf seine eigene Kündigung verwehrt.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Feststellung des Fortbestandes seines Arbeitsverhältnisses. Er hat bereits in der Klageschrift seine Kündigungserklärung nach § 123 BGB angefochten und diese Anfechtung mit Täuschung und Drohung durch Vertreter der Beklagten begründet. Er hat dazu u.a. vorgetragen, die Beklagte habe sich zu Unrecht geweigert, die erbetene und erforderliche Freistellung zu gewähren und ihn stattdessen auf eine eigene Kündigung



- 3 -

als alleinige Möglichkeit verwiesen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ungekündigt fortbestehe.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat bestritten, auf den Kläger irgend einen unzulässigen Druck bei der Unterzeichnung der Kündigungserklärung ausgeübt zu haben. Der Kläger habe die Kündigungserklärung vielmehr am 18. Mai 1981 unterschrieben, weil sie nicht bereit gewesen sei, ihn für die Dauer seines Militärdienstes von der Arbeitsleistung freizustellen. Dazu habe keine Verpflichtung bestanden. Dem Kläger sei auch klar gewesen, daß der 27. Mai 1981 aufgrund seiner Kündigung sein letzter Arbeitstag gewesen sei, weil ihm bis zu diesem Tage sein anteiliger Jahresurlaub gewährt worden sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet, weil das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, der Kläger habe seine Eigenkündigung wegen rechtswidriger Drohung nach § 123 BGB wirksam angefochten.

I. Das angefochtene Urteil beruht auf folgenden für den Senat bindenden Feststellungen und auf folgenden im Ergebnis zutreffenden rechtlichen Überlegungen:

1. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, aufgrund des unstreitigen Sachverhaltes und der Aussage des Zeugen G sei davon auszugehen, daß dieser Zeuge dem Kläger eine Kündigung für den Fall in Aussicht gestellt habe, daß er nach Ablauf des Urlaubs am 27. Mai oder ab 1. Juni 1981

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

nicht zur Arbeit erscheine. Anders sei der Hinweis des Zeugen an den Kläger vor der Unterzeichnung der Kündigungserklärung objektiv nicht zu verstehen: Wenn der Kläger bei der Vorlage der Kündigung erneut gefragt habe, ob er nicht unbezahlten Urlaub bekommen könne, und der Zeuge G das mit dem Hinweis verneint habe, er fehle unentschuldigt, wenn er nach dem Ende des Urlaubs nicht rechtzeitig wieder im Betrieb zurück sei, könne das nur bedeuten, das Arbeitsverhältnis müsse dann eben durch den Arbeitgeber wegen des unentschuldigten Fernbleibens beendet werden. Der Zeuge G habe damit bewußt den Kläger zur Abgabe der Kündigungserklärung beeinflussen wollen. Das zeige sich aus dem Gesamtzusammenhang bei der Abgabe der Kündigungserklärung: Der Zeuge habe dem Kläger zunächst zur Unterschrift geraten, weil es für ihn das Beste sei, wenn er ordentlich ausscheide. Das sei vor allem wegen einer Wiedereinstellung nach Ableistung des Wehrdienstes sinnvoll. Als der Kläger erneut gefragt habe, ob er nicht doch unbezahlten Urlaub haben könne, habe der Zeuge das erneut abgelehnt, nun aber mit dem weiteren Hinweis, der Kläger fehle dann unentschuldigt, wenn er nach Ablauf des Urlaubs nicht im Betrieb sei. Dabei sei es um mehr als um die Ausnutzung einer Zwangslage des Klägers gegangen. Er habe durch den Hinweis, er fehle unentschuldigt, wenn er den Wehrdienst in der Türkei ableiste, und das habe auch Auswirkungen auf sein Arbeitsverhältnis, gefügig gemacht werden sollen, die Eigenkündigung zu unterschreiben.

2. Diese Drohung sei auch nach § 123 BGB widerrechtlich gewesen. Die Androhung einer Arbeitgeberkündigung zum Zwecke einer Eigenkündigung des Klägers sei wegen des nicht adäquaten Verhältnisses von Mittel und Zweck rechtswidrig gewesen. Der Kläger habe zwar keinen erzwingbaren Rechtsanspruch auf das Ruhen seines Arbeitsverhältnisses während des Grundwehrdienstes in der Türkei gehabt, weil das ArbPlSchG nur auf deutsche Staatsangehörige und Staatsangehörige der EG-Staaten anzuwenden sei. Jeder verständig denkende und handelnde Arbeitgeber hätte aber einem bewährten türkischen Mitarbeiter unbezahlten Urlaub für die-



sen Grundwehrdienst von zwei Monaten gewährt. Dazu habe umso mehr Anlaß bestanden, als sich der Kläger erkennbar vom vollständigen Grundwehrdienst in der Türkei gerade wegen seiner Beziehungen in Deutschland, zu denen auch sein Arbeitsplatz gehörte, freigekauft habe. Einen langjährigen, zuverlässigen Gastarbeiter in einem solchen Fall vor die Wahl zu stellen, entweder selbst zu kündigen mit der vagen Versicherung, man werde ihn evtl. bei Bedarf wieder einstellen, oder ihm wegen unberechtigten Fernbleibens vom Arbeitsplatz eine Kündigung anzudrohen, widerspreche Treu und Glauben.

II. Die gegen diese Würdigung gerichteten Verfahrens- und Sachrügen der Revision greifen nicht durch.

1. Die Revision greift die vom Landesarbeitsgericht aufgrund der Aussage des Zeugen G getroffene Feststellung, er habe durch die angekündigten Auswirkungen auf sein Arbeitsverhältnis (unentschuldigtes Fehlen, Arbeitgeberkündigung) gefügig gemacht werden sollen, die Eigenkündigung zu unterschreiben, erfolglos mit der Begründung an, das Landesarbeitsgericht habe die Bekundung des Zeugen G verkannt. Während das Berufungsgericht dem Zeugen in den Mund gelegt habe, er habe dem Kläger zur Unterschrift geraten, weil das für ihn das Beste sei, ergebe sich aus dem Zeugenprotokoll, daß der Kläger selbst erklärt habe, es sei wohl im eigenen Interesse das Beste, wenn er ordentlich bei der Beklagten ausscheide.

Soweit die Beklagte mit diesem Vortrag die Rüge der Verletzung des § 286 ZPO anbringen will, ist sie unbegründet. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob die Beweiswürdigung des Tatsachenrichters vollständig ist, ob wesentliche Beweisantritte übergangen sind und ob die getroffenen Feststellungen und Schlußfolgerungen möglich sind oder ob sie gegen Denkgesetze und Erfahrungsregeln verstoßen (BAG 14, 206, 210). Es kommt nicht darauf an, ob die vom Tatsrichter vorgenommene Würdigung zwingend ist. Diesen Anforderungen genügt die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts. Es hat mit vertretbaren und naheliegen-



den Erwägungen dargelegt, dem Kläger sei eine Kündigung der Beklagten in Aussicht gestellt worden, wenn er nach Ablehnung seines Urlaubswunsches in die Türkei fahren sollte, ohne zuvor selbst gekündigt zu haben. Das hat es ohne Rechtsfehler aus den mehrfachen Hinweisen des Zeugen G über die Folgen eines unentschuldigten Fehlens des Klägers geschlossen, von dem auszugehen sei, wenn der Kläger nicht selbst künde und trotzdem in die Türkei fahre. Nach der Bekundung des Zeugen ist es zwar der Kläger gewesen, der den vermeintlichen Vorteil einer eigenen Kündigung betont hat. Es entspricht aber der Lebenserfahrung, wenn das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen ist, diese Beurteilung des Klägers beruhe auf einer entsprechenden Darstellung des Zeugen G . Die Anregung zur Eigenkündigung des Klägers ging nämlich von dem Zeugen aus, der dem Kläger "geraten" hat, die Kündigungs-erklärung zu unterzeichnen.

Im übrigen hat bereits das Arbeitsgericht festgestellt, es sei nach der Aussage des Zeugen G erwiesen, daß dem Kläger für den Fall, daß er das Arbeitsverhältnis nicht selbst künde, eine Kündigung seitens der Beklagten in Aussicht gestellt worden sei.

2. Aufgrund des den Senat bindend festgestellten Sachverhaltes hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, der Kläger sei zu seiner eigenen ordentlichen Kündigung durch die Drohung mit einer sonst zu erwartenden Kündigung durch die Beklagte veranlaßt worden.

a) 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 dargestellt 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 beenden zu wollen, falls



- 7 -

der Arbeitnehmer nicht selbst kündigt, stellt die Ankündigung eines zukünftigen empfindlichen Übels dar (vgl. die o.a. Entscheidungen des BAG). Im Streitfall ist es nach den Bekundungen des Zeugen G zwar offengeblieben, ob der Kläger mit einer außerordentlichen oder mit einer ordentlichen Kündigung hätte rechnen müssen, wenn er es abgelehnt hätte, selbst zu kündigen. Das ist jedoch unerheblich, weil das angedrohte Übel nicht besonders schwerwiegend zu sein braucht, sondern es genügt, wenn es so erheblich ist, daß es geeignet ist, den Bedrohten in eine echte Zwangslage zu versetzen (BGB-RGRK, 12. Aufl., § 123 Anm. 39; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Bd. II, S. 534). Ein erhebliches Übel bedeutete auch eine vom Kläger bei Ablehnung seiner Eigenkündigung in Aussicht gestellte ordentliche Kündigung der Beklagten für ihn deswegen, weil ihm zu verstehen gegeben war, er würde dann seinen Arbeitsplatz endgültig verlieren.

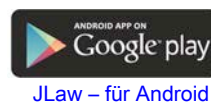
Da der Zeuge G gegenüber dem Kläger als in Personalfragen zuständiger Vertreter der Beklagten auftrat, indem er ihm die Kündigungserklärung zur Unterschrift vorlegte und die Folgen beschrieb, die sein unentschuldigtes Fehlen haben würde, hat er auch den Eindruck erweckt, den Ausspruch der sonst zu erwartenden Kündigung durch die Beklagte beeinflussen zu können.

b) In subjektiver Hinsicht gehört zum Begriff der Drohung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB der sogenannte Nötigungswille des Drohenden, d.h. dessen Absicht, den Bedrohten durch sein Verhalten in eine Zwangslage zu versetzen, um ihn zu veranlassen, die ihm nahegelegte Willenserklärung abzugeben (BGB-RGRK, aaO, § 123 Anm. 51; Deubner, JuS 1971, 71, 72; BAG vom 5. April 1978 - 4 AZR 621/76 - AP Nr. 20 zu § 123 BGB und das Urteil des Senates vom 20. November 1969, aaO). Die Drohung muß 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 Ab-

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sicht des Drohenden als das geringere Übel gegenüber der sonst zu erwartenden Maßnahme erscheinen soll. Auch diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt, denn das Gespräch mit dem Zeugen G brachte den Kläger zu der Annahme, es sei das Beste für ihn, das Arbeitsverhältnis selbst zu kündigen. Der Hinweis auf die vorteilhaftere eigene Kündigung und die Ankündigung der sonst drohenden Kündigung der Beklagten hatte unter diesen Umständen nicht nur eine Mitteilungsfunktion mit der Eröffnung einer eigenen freien Wahl durch den Kläger.

III. Im Ergebnis ist dem Landesarbeitsgericht auch darin zu folgen, daß die Drohung widerrechtlich war und deswegen die vom Kläger erklärte Anfechtung seiner Eigenkündigung nach § 123 BGB wirksam ist und damit nach § 142 BGB das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ungekündigt fortbestanden hat.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. die Urteile vom 14. Juli 1960 - 2 AZR 64/59 - AP Nr. 13; 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 Kündigung dann nicht widerrechtlich, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Sanktion ernsthaft erwägen durfte. Es ist nicht erforderlich, daß die angekündigte Kündigung, 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 Rechtsstreites über die Wirksamkeit einer Kündigung ergibt, zur Zeit der Drohung noch nicht vorgelegen zu haben. Ob ein verständiger Arbeitgeber eine Kündigung erwogen hätte, ist nach der neueren Rechtsprechung nicht nur vom tatsächlichen subjektiven Wissensstand des Arbeitgebers abhängig, sondern es sind dabei auch Erkenntnisse weiterer Ermittlungen zu berücksichtigen, die ein verständiger Arbeitgeber zur Aufklärung angestellt haben würde. Maßgeblich ist dabei der objektiv mögliche und damit hypothetische Wissens-



stand des Arbeitgebers (BAG 32, 194 = AP Nr. 21 zu § 123 BGB und BAG vom 26. November 1981, aaO). Diese Rechtsprechung ist zwar im Schrifttum, das teilweise strengere Voraussetzungen für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit fordert, kritisiert worden (vgl. u.a. Kramer, Anm. zu AP Nr. 21 zu § 123 BGB m.w.N.). Auf diese Streitfrage braucht aber im Streitfall nicht näher eingegangen zu werden, weil die dem Kläger gegenüber erfolgte Androhung einer Kündigung durch die Beklagte auch nach den Grundsätzen des erkennenden Senates widerrechtlich ist. Die von der Beklagten angedrohte Kündigung wäre nämlich nicht nur - wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - treuwidrig gewesen. Dem Kläger ist vielmehr ein Leistungsverweigerungsrecht zuzubilligen, das eine Verletzung der Arbeitspflicht und damit den von der Beklagten ohne Eigenkündigung angenommenen verhaltensbedingten Grund zur Kündigung ausschließt. Diese sich aus dem Interessenkonflikt zwischen der Erfüllung des Arbeitsvertrages und der Wehrpflicht eines türkischen Arbeitnehmers ergebende Rechtslage hat der Senat in dem zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmten Urteil vom selben Tage (- 2 AZR 282/82 -) eingehend dargelegt. Der Senat beschränkt sich deswegen im Streitfall darauf, die tragenden Grundsätze noch einmal wie folgt zusammenzufassen:

2. Zutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts und der Revision, ein Rechtsanspruch des Klägers auf Freistellung für die Dauer des abgekürzten Wehrdienstes ergebe sich nicht aus dem Arbeitsplatzschutzgesetz, weil dieses Gesetz nur anwendbar ist, wenn die Einberufung aufgrund des deutschen Wehrpflichtgesetzes zur deutschen Bundeswehr erfolgt.

a) Dagegen hat dem Kläger für die Dauer des Wehrdienstes in der Türkei wegen einer unverschuldeten Pflichtenkollision ein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden:

Dieses Leistungsverweigerungsrecht ergibt sich allerdings nicht aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 273, 320 BGB, weil diese Zurückweisungsrechte der Durchsetzung



anderer bestehender und einklagbarer Rechtsansprüche dienen. Der Kläger hat hingegen im Streitfall keinen weiteren Rechtsanspruch gehabt, den er mit der Vorenthaltung der Arbeitskraft durchsetzen konnte und wollte. Er hat sich vielmehr in einer Pflichtenkollision befunden, indem seiner vertraglichen Verpflichtung zur Arbeitsleistung eine öffentliche Pflicht zum Wehrdienst in der Türkei gegenüber gestanden hat, bei deren Verletzung dem Kläger empfindliche Nachteile bis hin zur Todesstrafe gedroht hätten. Es gab für den Kläger deshalb 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.

b) Dadurch bestand ein wesentlicher Unterschied zu anderen Fallgestaltungen, in denen der Arbeitnehmer aus privaten Gründen um unbezahlten Urlaub bittet und in denen ihm aufgrund der Fürsorgepflicht ein Anspruch auf unbezahlte Freistellung zu gewähren ist. Die Begründung eines solchen Freistellungsanspruches ist in Fällen der vorliegenden Art auch deswegen keine sachgerechte Lösung, weil sie es nahelegen würde, vom Arbeitnehmer zu verlangen, den Anspruch - notfalls im Wege der einstweiligen Verfügung - zunächst gerichtlich klären zu lassen. Gerade das ist aber im Falle der Pflichtenkollision nicht erforderlich und zumeist 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 zu erwägen. Auch dafür ist bei der im Streitfall vorliegenden echten Pflichtenkollision kein Raum.

c) Bereits aus den Motiven zu § 616 BGB (vgl. 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."



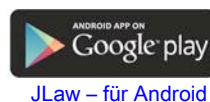
Damit war zwar nur die deutsche Wehrpflicht gemeint. Immerhin ist aber der Schluß gerechtfertigt, daß § 616 BGB bei der Kollision zwischen der Arbeitspflicht und einer nicht abzuwendenden öffentlich-rechtlichen Pflicht gegenüber deutschen Institutionen dem Arbeitgeber die Lohnzahlung aufbürden wollte (vgl. dazu näher: Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, 1969, S. 107), wenn der Arbeitnehmer infolge der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der Arbeit fernblieb. Das setzt systematisch eine Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht für die Dauer der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung voraus (vgl. 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 in Konfliktlagen, die sich für den deutschen Staatsbürger aus der Wahrnehmung seiner Wehrpflicht ergeben. Immerhin zeigen aber die Materialien zu § 616 BGB die geeigneten Ansätze für ein Leistungsverweigerungsrecht bei Kollisionen zwischen Arbeitspflicht und einer Wehrdienstverpflichtung gegenüber einem anderen Staat. Ein weiterer Hinweis hierfür ergibt sich aus § 72 HGB in der Fassung vom 18. April 1950 (BGBl. I, 90), nach dessen Ziffer 3 der Prinzipal dem Handlungsgehilfen grundsätzlich aus wichtigem Grund fristlos kündigen durfte, wenn dieser durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert war. 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 sofort 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).

Wenn demnach auch einzelnen Vorschriften ein ausdrückliches Leistungsverweigerungsrecht bei der Kollision von



Arbeitspflicht und Verpflichtung zum ausländischen Wehrdienst nicht entnommen werden kann, so ergibt sich aus den genannten Bestimmungen doch, daß bei der vorliegenden Fallgestaltung der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht rechtswidrig verletzt, wenn er der Arbeit fernbleibt, um seinen Militärdienst zu erfüllen. Für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in den Fällen der unvermeidbaren Pflichtenkollision spricht auch der den §§ 228, 904 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke. Im Anschluß an 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.

d) Schon das Arbeitsplatzschutzgesetz, das für türkische Arbeitnehmer auch nicht analog anwendbar ist, steht allerdings einem Leistungsverweigerungsrecht für den ungekürzten türkischen Wehrdienst entgegen. Anderenfalls würde der türkische Wehrpflichtige dem deutschen doch weitgehend gleichgestellt. Nur für den abgekürzten ausländischen Wehrdienst von zwei Monaten kann ein Leistungsverweigerungsrecht bestehen. Aber auch hier kann die Interessenabwägung zu Gunsten 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.



e) Da sich die Beklagte auf eine Zwangslage durch den Ausfall des Klägers für zwei Monate nicht berufen hat, hat ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden, das er durch seine vergebliche Bitte um unbezahlten Urlaub für die Dauer des Wehrdienstes auch geltend gemacht hat.

f) Durch die Anerkennung eines Leistungsverweigerungsrechtes aufgrund einer Abwägung der Interessen beider Parteien des Arbeitsvertrages werden dem Arbeitgeber keine unangemessenen Belastungen aufgebürdet. Die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechtes führt in diesen Fällen zur Suspension der beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Der türkische Arbeitnehmer erhält für die Dauer des Wehrdienstes im Ausland keinerlei Entgelt. Das ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 323 BGB, weil die Arbeitsverhinderung wegen der einschneidenden Sanktionen des türkischen Staates der subjektiven Unmöglichkeit der Erfüllung der Arbeitspflicht gleichgestellt werden kann. 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 Entgeltfortzahlungs Vorschriften zugrunde liegenden Lohnausfallprinzip: Der Arbeitnehmer hätte auch kein Entgelt erhalten, wenn er gesund gewesen wäre. Wie sich die Fehlzeit auf soziale Leistungen des Arbeitgebers auswirkt, die hinsichtlich Grund oder Höhe von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängen, richtet sich nach den jeweils getroffenen Vereinbarungen.

Bei einer Dauer des Leistungsverweigerungsrechts von zwei Monaten wird auch das Sozialversicherungsverhältnis nach § 311 Satz 1 Nr. 1 RVO unterbrochen (vgl. BSG vom 14. Dezember 1976 - 3 RK 50/74 - AP Nr. 7 zu § 9 BUrtG). Es sind dann weder Sozialversicherungsbeiträge noch Krankengeld zu zahlen.

Aus der Begründung des Leistungsverweigerungsrechts mit der Pflichtenkollision folgt damit zugleich eine interessengerechte Aufteilung der Risiken, die sich für die Parteien



- 14 -

des Arbeitsvertrages für die Dauer des abgekürzten ausländischen Wehrdienstes ergeben.

IV. Da der Kläger demgemäß seine Kündigung nach § 123 BGB wirksam wegen widerrechtlicher Drohung angefochten hat, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Dr. Weller

Schulze

Dr. Bächle



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)