

Aktenzeichen: 2 AZR 357/95

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 21. November 1996  
- 2 AZR 357/95 -

I. Arbeitsgericht  
Herne

Urteil vom 27. Oktober 1993  
- 5 Ca 1220/93 -

II. Landesarbeitsgericht  
Hamm

Urteil vom 14. November 1994  
- 16 Sa 24/94 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein  
Für die Fachpresse : Ja  
Für das Bundesarchiv : Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Kündigung - beharrliche Arbeitsverweigerung

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2; BGB §§ 119, 123, 626

Leitsatz:

Der Senat hält an der ständigen Rechtsprechung fest (u. a. Urteil vom 31. Januar 1985 - 2 AZR 486/83 - AP Nr. 6 zu § 8 a MuSchG 1968), daß bei einer sog. beharrlichen Arbeitsverweigerung grundsätzlich eine außerordentliche, fristlose Kündigung (§ 626 BGB) in Betracht kommt; es ist dabei u. a. zu würdigen, ob zu besorgen ist (Prognoseprinzip), der Arbeitnehmer werde in Zukunft seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen. Nach dem ultima-ratio-Prinzip schließt dies aber im Einzelfall nicht aus, daß nur eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt ist.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 357/95

-----  
16 Sa 24/94 Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
21. November 1996

U r t e i l

Jatz,  
Reg.-Hauptsekretärin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. November 1996 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Dr. Fischermeier sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Bächle und die ehrenamtliche Richterin Kuemmel-Pleißner für Recht erkannt:

Die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 14. November 1994 - 16 Sa 24/94 - werden zurückgewiesen.

Die Klägerin hat 2/3, die Beklagte 1/3 der Kosten der Revisionsinstanz zu tragen.

**V o n   R e c h t s   w e g e n !**

**T a t b e s t a n d :**

Die Klägerin war bei der Beklagten seit dem 1. Oktober 1966 als kaufmännische Angestellte zu einem durchschnittlichen Bruttogehalt von zuletzt 5.700,- DM beschäftigt; bei der Beklagten handelt es sich um ein Unternehmen der chemischen Industrie mit ca. 15.000 Arbeitnehmern.

Die Klägerin war als gelernte Industriekauffrau und Betriebswirtin (VWA) im Betriebsbüro des Vestolit (PVC)-Betriebs E/B der Beklagten neben zwei weiteren Teilzeitbeschäftigten als Büroleiterin tätig, und zwar unter Eingruppierung in die Entgeltgruppe E 11 des Bundes-Entgelttarifvertrages für die chemische Industrie. Wegen rückläufiger Umsatzzahlen wurde von den früheren vier Vestolit-Betrieben einer von der Beklagten stillgelegt. Auf-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

grund eines Kostenmanagementprojekts im Frühjahr 1993 wurde beschlossen, ein zentrales Betriebsbüro für die Vestolit-Betriebe mit insgesamt drei Arbeitnehmern, davon einem Leiter und zwei Mitarbeitern, einzurichten. Die Leitung dieses Betriebsbüros wurde - von der Klägerin inzwischen nicht mehr als sozial fehlerhaft ausgewählt beanstandet - Herrn R übertragen. Der Klägerin wurde am 10. März 1993 mitgeteilt, daß ihr Arbeitsplatz entfallen sei und sie zum 1. April 1993 versetzt werden sollte. Am 29. März 1993 wurde der Klägerin ein Arbeitsplatz als Betriebsbüro-Sachbearbeiterin in der Zwischenproduktefabrik angeboten; dieser Arbeitsplatz unterfällt der Tarifgruppe E 10. Bei einer Besichtigung dieses Arbeitsplatzes am 30. März 1993 deutete die Klägerin gegenüber dem Abteilungsleiter der Zwischenproduktefabrik, Dr. U , an, daß sie den angebotenen Arbeitsplatz für unzumutbar halte. Bei einem Gespräch am 2. April 1993 in der Abteilung Personalbeschaffung der Beklagten bestätigte die Klägerin, daß sie den angebotenen Arbeitsplatz für unzumutbar halte, während von Seiten der Beklagten die Zumutbarkeit bejaht wurde. Entsprechend einer im Interessenausgleich und Sozialplan vom 31. August 1992 getroffenen Regelung trat am 8. April 1993 eine paritätische Schiedskommission zusammen, die einstimmig den angebotenen Arbeitsplatz für zumutbar hielt. Nach dem Protokoll sollte von Betriebsratsseite bis zum 14. April 1993 ein Gespräch mit der Klägerin geführt werden. Nachdem am 13. April 1993 von Betriebsratsseite das Einverständnis der Klägerin signalisiert worden war, lehnte diese zunächst den Wechsel in die Zwischenproduktefabrik ab. Noch am gleichen Tag wurde der Klägerin ein schriftliches Arbeitsplatzangebot über die in Rede stehende Stelle gemacht und der Betriebsrat über die geplante Versetzung informiert

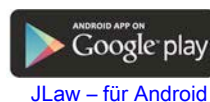


und um Zustimmung ersucht; dieser erklärte am 15. April 1993 seine Zustimmung mit der beabsichtigten Versetzung und der vorgesehenen Eingruppierung. Nach Gesprächen mit verschiedenen Personen auf Arbeitgeberseite nahm die Klägerin noch am 13. April 1993 nachmittags durch schriftliche Erklärung das Arbeitsplatzangebot in der Zwischenproduktefabrik an und nahm am 14. April 1993 dort ihre Arbeit auf. Für den 15. und 16. April 1993 wurde ihr Urlaub bewilligt. Nachdem sie zuvor den Leiter der Zwischenproduktefabrik telefonisch informiert hatte, sie werde nicht an diesen Arbeitsplatz zurückkehren, erschien die Klägerin am 19. April 1993 (Montag) an ihrem alten Arbeitsplatz im Betriebsbüro des Vestolit-Betriebes und erklärte durch handschriftlichen Zusatz auf das am 13. April 1993 unterzeichnete Arbeitsplatzangebot, daß sie die Stelle nicht annehme, da sie nach Durchsicht der Arbeitsgebiete die Stelle nicht für sich als geeignet ansehe. Am Nachmittag desselben Tages führten Vertreter der Beklagten unter Hinzuziehung zweier Betriebsratsmitglieder ein Gespräch mit der Klägerin, in dem diese unter Androhung einer außerordentlichen Kündigung aufgefordert wurde, ihre Arbeit auf dem ihr zugewiesenen Arbeitsplatz wiederaufzunehmen, was die Klägerin jedoch ablehnte. Ab dem 20. April 1993 war sie arbeitsunfähig erkrankt.

Nach Anhörung des Betriebsrats, der keine Bedenken äußerte, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 23. April 1993 das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgemäß auf. Hiergegen richtet sich die von der Klägerin erhobene Kündigungsschutzklage, mit der sie außerdem die Unwirksamkeit der Versetzung von der Tätigkeit als Büroleiterin zur Tätigkeit als Betriebsbürosachbear-



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



beiterin geltend macht, nachdem sie durch Schreiben ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 4. Mai 1993 ihre Einverständniserklärung vom 13. April 1993 anfechten ließ. Aufgrund eines Antrages vom 27. April 1993 ist die Klägerin wegen Schwerhörigkeit seit dem 4. Mai 1993 als Schwerbehinderte mit einem Grad der Behinderung von 50 anerkannt.

Die Klägerin hat unter anderem - soweit noch für die Revisionsinstanz von Belang - geltend gemacht, sie habe sich bei Unterzeichnung der Einverständniserklärung darüber geirrt, daß es sich bei der im Betriebsbüro der Zwischenproduktefabrik zu erbringenden Tätigkeit tatsächlich nicht vorwiegend um eine kaufmännische Arbeit handele. Erst am 14. April 1993 habe ihr der bisherige Stelleninhaber, der Zeuge W , mitgeteilt, die neue Arbeit habe wenig mit einer kaufmännischen Tätigkeit zu tun, ihre wichtigste Aufgabe werde es sein, die Kaffeemaschine am Laufen zu halten; vorwiegend handle es sich um die Führung von Stundenbüchern für die gewerblichen Arbeitnehmer sowie beispielsweise um die Magazinverwaltung von Sicherheitskleidung. Die neue Tätigkeit sei nur zu 30 % kaufmännischer Art gewesen und nicht von hochqualifizierten Betriebswirten auszuführen.

Schließlich habe die Beklagte sie arglistig darüber getäuscht, daß es keine anderweitigen freien Stellen mehr gäbe; so hätten freie Stellen im Controlling und im U-Bereich 1 zur Verfügung gestanden; dort habe sie als Abteilungskauffrau eingesetzt werden können. Auch gebe es freie Stellen im Bereich Rechnungswesen. Bei dem Arbeitsplatz in der Zwischenproduktefabrik handle es



sich um einen Abschiebeposten, so daß ihre Erklärung vom 19. April 1993 als Anfechtung ihrer Zustimmung zum Arbeitsplatzangebot zu werten sei.

Die Klägerin hat zuletzt noch beantragt,

1. festzustellen, daß die Versetzung von der Tätigkeit als Büroleiterin zur Tätigkeit als Betriebsbürosachbearbeiterin unwirksam war,
2. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 23. April 1993 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat sich mit ihrem Klageabweisungsantrag auf die Wirksamkeit der am 13. April 1993 vereinbarten Versetzung berufen. Es sei unzutreffend, daß im U-Bereich 1 eine Stelle als Abteilungskauffrau wegen Umorganisation frei werde; für die Stelle im Bereich Controlling sei die Klägerin nicht geeignet, da es sich um eine AT-Stelle handele. Außerdem seien die Stellen intern ausgeschrieben gewesen. Die Klägerin habe sich hierauf nicht beworben. Die AT-Stelle im Controlling sei bereits am 10. November 1992 durch Herrn St. besetzt worden. Dessen Nachfolger, dem Zeugen W., sei die Stelle bereits Ende 1992/Anfang 1993 zugesagt worden. Schließlich seien auch im Rechnungswesen keine für die Klägerin geeigneten Stellen frei gewesen. Ihre Mitarbeiter hätten daher die Klägerin korrekt informiert.

Die Stelle als Sachbearbeiterin im Betriebsbüro sei von der Schiedskommission zutreffend als eine solche nach Entgeltgruppe E 10 bewertet worden; auch der frühere Stelleninhaber W. sei nach E 10 vergütet worden. Im übrigen bestreitet die Beklagte,

daß ihr eine Erkrankung der Klägerin, insbesondere eine Schwerbehinderung bekannt gewesen sei. Wegen der beharrlichen Arbeitsverweigerung der Klägerin sei zu Recht eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage nach Vernehmung der Zeugen Wi , L , Wie , B , H und P abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen H , Dr. Win- , Dr. D und Dr. U die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung festgestellt und im übrigen die Berufung zurückgewiesen. Die Klägerin hält mit ihrer Revision an ihren bisherigen Anträgen in dem geschilderten Umfang fest, während die Beklagte mit ihrer Anschlußrevision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

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

Die Revisionen beider Parteien sind nicht begründet. Die vorsorglich ausgesprochene ordentliche Kündigung ist nicht sozialwidrig (§ 1 Abs. 2 KSchG), da die Versetzung der Klägerin in die Zwischenproduktefabrik wirksam war. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht aber entschieden, daß deswegen eine außerordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt war.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung - kurz zusammengefaßt - wie folgt begründet: Es bestünden Bedenken, die außerordentliche Kündigung der Beklagten unter dem Gesichtspunkt einer beharrlichen Arbeitsverweigerung als wirksam anzusehen,



weil insofern auf den Sanktionscharakter abgestellt werde, statt darauf, ob damit gerechnet werden könne, die Klägerin werde sich weiterhin weigern, ihre neue Tätigkeit zu verrichten; insofern sei die Bewertung der Kündigung nicht vergangenheits-, sondern zukunftsbezogen vorzunehmen. Auch wenn davon auszugehen sei, daß die Klägerin trotz Androhung einer außerordentlichen Kündigung sich am 19. April 1993 ohne Angabe von Gründen geweigert habe, die neue Tätigkeit weiterhin zu verrichten, wiege dieses Verhalten im Rahmen einer Interessenabwägung nicht so schwer, weil die Beklagte die Umstrukturierung im Hinblick auf eine ohne das Einverständnis der Klägerin notwendige Änderungskündigung ohnehin nicht so frühzeitig hätte umsetzen können; ihr alter Arbeitsplatz sei auch noch nicht unmittelbar weggefallen, sondern nach der Aussage des Zeugen W            werde dann, wenn der Arbeitnehmer nicht sofort mit der Änderung der Arbeitsbedingungen einverstanden sei, dieser zunächst im Personalüberhang geführt und auch eingesetzt. Als milderer Mittel habe daher die Beklagte vorliegend eine ordentliche Kündigung aussprechen können.

Die ordentliche Kündigung der Klägerin sei aufgrund ihrer nachhaltigen Weigerung, die Arbeit in der Zwischenproduktefabrik zu leisten, sozial gerechtfertigt. Die Klägerin habe sich weder durch eine Anfechtung wegen Irrtums, noch wegen rechtswidriger Drohung oder arglistiger Täuschung von ihrem Einverständnis mit der Versetzung lösen können.

II. Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts tritt der Senat im Ergebnis und in Teilen der Begründung bei.



1. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Revision der Klägerin zulässig. Die Revision ist nach dem Tenor und in den Entscheidungsgründen des Landesarbeitsgerichts unbeschränkt zugelassen. Auch wenn man davon ausgeht, das Landesarbeitsgericht habe im Hinblick auf seine Ausführungen zur beharrlichen Arbeitsverweigerung (§ 626 BGB), also wegen der außerordentlichen Kündigung der Beklagten, die Revision zulassen wollen, ist dies nicht eindeutig zwingend. Eine Beschränkung der Revisionszulassung ausschließlich für die Beklagte müßte aus Gründen der Rechtsmittelklarheit aus dem angefochtenen Urteil hervorgehen (Senatsurteil vom 6. September 1990 - 2 AZR 165/90 - AP Nr. 47 zu § 615 BGB, zu I 2 der Gründe, m.w.N.). Eine solche Beschränkung ist hier nicht eindeutig ersichtlich; im Gegenteil: Die dem Urteil beigefügte Rechtsmittelbelehrung erstreckt sich - wenn auch unausgesprochen - auf beide Parteien.

2. Die Revision der Beklagten ist als sog. unselbständige Anschlußrevision (§ 556 Abs. 2 ZPO) statthaft und zulässig, §§ 72 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG, 556 Abs. 1 ZPO.

3. Die Revision der Klägerin ist unbegründet, weil das Landesarbeitsgericht zu Recht entschieden hat, die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 23. April 1993 sei aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG.

a) Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten



Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. u.a. Senatsurteil vom 21. Mai 1992 - 2 AZR 10/92 - BAGE 70, 262, 269 f. = AP Nr. 29 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu II 2 a der Gründe, m.w.N.).

b) Unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten Überprüfungsmaßstabs begegnet die Annahme des Landesarbeitsgerichts keinen rechtlichen Bedenken, die Kündigung sei aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt.

Für eine verhaltensbedingte Kündigung genügen solche im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Umstände, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen. Dabei ist nicht von dem Standpunkt des jeweiligen Arbeitgebers auszugehen. Vielmehr gilt ein objektiver Maßstab. Als verhaltensbedingter Grund ist insbesondere eine rechts-(vertrags)widrige Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis geeignet, wobei regelmäßig Verschulden erforderlich ist; die Leistungsstörung muß dem Arbeitnehmer vorwerfbar sein (vgl. u.a. Senatsurteil vom 21. Mai 1992, aaO, zu II 2 b der Gründe, m.w.N.). Als Grund für die ausgesprochene ordentliche Kündigung ist hier



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

davon auszugehen, daß die Klägerin am 19. April 1993 sich nach den nicht mit einer Revisionsrüge angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 Abs. 2 ZPO) endgültig geweigert hat, ihre Tätigkeit - wie am 13. April 1993 einvernehmlich festgelegt - in der Zwischenproduktefabrik aufzunehmen.

aa) Die Revision macht insofern nur noch geltend, diese Vereinbarung sei nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten worden, weil die Beklagte trotz der ausdrücklichen Nachfrage der Klägerin die Auskunft wahrheitswidrig erteilt habe, es gebe außer der Stelle im Betriebsbüro der Zwischenproduktefabrik keine weiteren, frei verfügbaren Stellen für sie.

(1) Insofern bestehen schon erhebliche Bedenken, ob die Klägerin überhaupt schlüssig die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung vorgetragen hat. Arglistig ist eine Täuschung nämlich nur dann, wenn sie vorsätzlich zum Zweck vorgenommen wird, den Willen des Getäuschten zu beeinflussen; es genügt auch ein bedingter Vorsatz, also das Bewußtsein, daß die Täuschung den anderen zu der Erklärung bestimmen könnte, wobei es ausreicht, wenn der Täuschende weiß, daß seine Angaben unrichtig sind, er aber mit der Möglichkeit rechnet, der Erklärungsgegner könnte in seiner Entscheidung durch die Täuschung beeinflußt werden, und dies billigend in Kauf nimmt, wobei die bewußt unwahre Aussage den Vorsatz erkennen läßt, auf den Erklärungswillen einzuwirken (Senatsurteil vom 11. November 1993 - 2 AZR 467/93 - BAGE 75, 77, 80 ff. = AP Nr. 38 zu § 123 BGB, zu II 1 a ff. der Gründe). Nachdem die Klägerin erstinstanzlich in dieser Hinsicht überhaupt nichts vorgetragen hat, hat sie zweitinstanzlich behauptet,



kurz vor ihrer Unterschriftsleistung den Zeugen H befragt zu haben, ob es tatsächlich keine anderweitige Einsatzmöglichkeit für sie im Betrieb der Beklagten gebe, was der Zeuge verneint habe; dabei sei es um die Stellen Controlling III und im U-Bereich 1 gegangen. Unabhängig davon, daß die Beklagte von Anfang an vorgetragen hatte, diese Stellen seien intern ausgeschrieben gewesen, ohne daß die Klägerin sich hierauf beworben habe, hätte die Klägerin jedenfalls dazu Stellung nehmen müssen, die AT Stelle im Controlling sei für sie als außertariflich bezahlt nicht in Frage gekommen und außerdem sei die Stelle bereits am 10. November 1992 durch Herrn St besetzt worden. War hiervon auszugehen, lag jedenfalls am 19. April 1993 keine arglistige Täuschung vor, wenn die Beklagte diese Stelle nicht für die Klägerin in Betracht zog und auch nicht mehr als frei bezeichnete.

(2) Zumindest aber hat das Landesarbeitsgericht für den Senat gemäß § 561 ZPO verbindlich aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme festgestellt, beide Stellen seien am 13. April 1993 insofern nicht mehr frei gewesen, als sie rechtsverbindlich sowohl Herrn K als auch Herrn St zugesagt worden seien. Diese Feststellung ist nicht mit einer Beweisrüge angegriffen worden. Steht dies aber für den Senat fest, kann zwar davon ausgegangen werden, daß die Beklagte bei ihrer Erklärung, diese Stellen seien nicht mehr frei, unpräzise geantwortet hat, jedenfalls ist dann aber eine vorsätzliche Falschbeantwortung nicht erwiesen. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, mit der rechtsverbindlichen Zusage hätten die in Frage stehenden Stellen nicht mehr zur Verfügung gestanden, wobei es auf die tatsächliche



Besetzung nicht maßgeblich ankomme; letztere stelle vielmehr die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen dar. Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden; insbesondere führt die Rüge der Revision nicht weiter, es sei zwischen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden: Tatsächlich sei eine Verfügung noch möglich gewesen. Wenn die Beklagte sich an diese rechtlichen Verpflichtungen gebunden fühlte und mit Rücksicht darauf die Stellen als nicht mehr frei bezeichnete, so kann darin eine arglistige Falschbeantwortung und bewußte Täuschung der Klägerin nicht gesehen werden, weil nicht zu widerlegen ist, daß die Vertreter der Beklagten im Hinblick auf die eingegangenen Verpflichtungen die fraglichen Stellen subjektiv als nicht mehr frei angesehen haben. Da auch hinsichtlich der angeblich im Rechnungswesen freien Stellen kein weiterer Sachvortrag erfolgt ist, hat das Landesarbeitsgericht zutreffend das Vorliegen einer arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) verneint.

bb) Soweit mit der Revision weiter geltend gemacht wird, die Klägerin habe sich im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB über eine verkehrswesentliche Eigenschaft hinsichtlich der angebotenen Stelle im Büro der Zwischenproduktfabrik geirrt, diese sei nicht nach Entgeltgruppe E 10 zu bewerten, was auch daraus folge, daß nach der Aussage des Zeugen Dr. U diese Stelle inzwischen mit einem Mitarbeiter nach Entgeltgruppe E 9 besetzt worden sei, stehen dem - abgesehen davon, daß es sich hinsichtlich der Bewertung um neuen und daher nach § 561 Abs. 1 ZPO unbeachtlichen Vortrag handelt - die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts entgegen. Das Landesarbeitsgericht hat in seinem unstreitigen Tatbestand festgestellt, ohne daß die Revision hierzu eine erhebliche Rüge



vorgebracht hätte, der Arbeitsplatz der Betriebsbürosachbearbeiterin der Zwischenproduktefabrik unterfalle der Tarifgruppe E 10. Eine von der tatsächlichen Sachlage abweichende irrtümliche Vorstellung der Klägerin liegt damit nicht vor. Abgesehen davon hat die Klägerin auch nicht bestritten, daß der bisherige Stelleninhaber W nach Entgeltgruppe E 10 vergütet wurde. Schließlich ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht im Hinblick auf die Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung nach E 10 davon ausgegangen ist, dies spreche für die zutreffende Zuordnung zu einer tariflichen Vergütungsgruppe.

cc) Soweit die Revision schließlich rügt, das Landesarbeitsgericht habe bei der Interessenabwägung zu Unrecht nicht berücksichtigt, daß bei der Klägerin ein Grad der Behinderung von 50 bei Ausspruch der Kündigung zu berücksichtigen gewesen sei, greift auch diese Rüge nicht durch. Insofern fehlt es bereits an einem schlüssigen Vortrag, die Beklagte habe überhaupt bei Ausspruch der Kündigung am 23. April 1993 davon ausgehen müssen, es liege bei der Klägerin eine solche Gehörschädigung vor, die eine Schwerbehinderung rechtfertige. Aus den für den Senat verbindlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ergibt sich nur, daß aufgrund des nachträglichen Antrags der Klägerin vom 27. April 1993 eine Hörbehinderung seit dem 4. Mai 1993 mit einem Grad von 50 anerkannt worden ist. Angesichts dieser tatsächlichen Umstände, die wiederum nicht mit einer Rüge im Sinne des § 561 Abs. 2 ZPO angegriffen worden sind, kann die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts, die ohnehin nur einer beschränkten



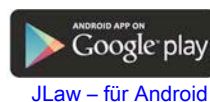
Nachprüfung unterliegt (vgl. oben zu II 2 a), nicht als fehlerhaft beanstandet werden.

Etwas anderes hat auch das Bundesarbeitsgericht in den von der Revision genannten Entscheidungen (Urteile vom 17. Februar 1977 - 2 AZR 687/75 - BAGE 29, 17; vom 20. Oktober 1977 - 2 AZR 770/76 - BAGE 29, 334 und vom 23. Februar 1978 - 2 AZR 462/76 - BAGE 30, 141 = AP Nr. 1, 2 und 3 zu § 12 SchwbG) nicht angenommen. Vielmehr setzt der Senat für die Berücksichtigung der Schwerbehinderteneigenschaft außerhalb des gesetzlichen Schwerbehindertenschutzes bei der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung in allen diesen Fällen voraus, daß die Schwerbehinderteneigenschaft, wenn sie beachtet werden soll, zur Zeit der Kündigung vorgelegen haben muß. Daß die Klägerin entgegen der ausdrücklichen Feststellung im unstreitigen Tatbestand des Landesarbeitsgerichts (S. 6) bereits zur Zeit der Kündigung in diesem Umfang an der Hörbehinderung litt, beruht lediglich auf Mutmaßungen der Revision.

Die Klägerin hat auch bisher nie geltend gemacht, anlässlich der Besichtigung des neuen Arbeitsplatzes oder etwa bei dem Gespräch am 19. April 1993 auf diesen Umstand hingewiesen zu haben. Es ist jedenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht angesichts der unstreitigen Umstände darauf abgestellt hat, die Schwerbehinderung sei der Beklagten weder bekannt, noch erkennbar gewesen.



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



Da die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts im übrigen von der Revision nicht angegriffen wird und auch keine Fehler oder Widersprüchlichkeiten ersichtlich sind, ist das Ergebnis des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (zur Interessenabwägung ergänzend vgl. auch noch nachfolgend unter II 4 c).

4. Die Revision der Beklagten ist in der Sache selbst nicht begründet. Die Beklagte macht geltend, das Landesarbeitsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, daß bei Vorliegen einer beharrlichen Arbeitsverweigerung der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 BGB nicht gerechtfertigt sei. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts, ansonsten gewinne die außerordentliche Kündigung Sanktionscharakter, was gemäß § 626 BGB nicht gewollt sei, überzeuge nicht.

a) Dieser Auffassung der Anschlußrevision ist im Grundsatz zuzustimmen. Das Bundesarbeitsgericht hat bisher in Fällen einer sog. beharrlichen Arbeitsverweigerung in aller Regel eine außerordentliche Kündigung als gerechtfertigt angesehen (vgl. etwa BAG Urteile vom 12. Juli 1984 - 2 AZR 290/83 - nicht veröffentlicht; vom 31. Januar 1985 - 2 AZR 486/83 - AP Nr. 6 zu § 8 a MuSchG 1968; vom 17. Juni 1992 - 2 AZR 568/91 - nicht veröffentlicht, zu II 2 a der Gründe und zuletzt vom 9. Mai 1996 - 2 AZR 387/95 - NZA 1996, 1085 f., zu II 1 a der Gründe). Das Bundesarbeitsgericht, dem die arbeitsrechtliche Literatur ganz überwiegend gefolgt ist (vgl. Erman/Hanau, BGB, 9. Aufl., § 626 Rz 51; Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 11. Aufl., § 1 Rz 315, 316; Münch-Komm-Schwerdtner, BGB, 2. Aufl., § 626 Rz 81; KR-Hillebrecht,



4. Aufl., § 626 BGB Rz 307; KR-Etzel, 4. Aufl., § 1 KSchG Rz 417; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl., § 125 VII 6; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., Rz 515; Staudinger/Preis, BGB, 13. Aufl., § 626 Rz 141), ist dabei davon ausgegangen, die beharrliche Arbeitsverweigerung setze in der Person des Arbeitnehmers im Willen eine Nachhaltigkeit voraus; der Arbeitnehmer müsse die ihm übertragene Arbeit bewußt und nachhaltig nicht leisten wollen, wobei es nicht genüge, daß der Arbeitnehmer eine Weisung unbeachtet lasse, sondern die beharrliche Arbeitsverweigerung setze voraus, daß eine intensive Weigerung des Arbeitnehmers vorliege. Allerdings könne das Moment der Beharrlichkeit auch darin zu sehen sein, daß in einem einmaligen Falle der Arbeitnehmer eine Anweisung nicht befolge, das müsse dann aber z. B. durch eine vorhergehende, erfolglose Abmahnung verdeutlicht werden.

Wie diesen Ausführungen und insbesondere dem Hinweis auf eine vorhergehende erfolglose Abmahnung zu entnehmen ist, geht damit die Rechtsprechung davon aus, daß zu besorgen ist, der Arbeitnehmer werde in Zukunft seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen; insbesondere ist dieser Rechtsprechung nicht zu entnehmen, die Kündigung werde allein deshalb als gerechtfertigt angesehen, weil es sich um eine zulässige Sanktion des Arbeitgebers handele. Im Gegenteil: Das Bundesarbeitsgericht hat zumindest seit 1988 (vgl. u. a. Urteile vom 10. November 1988 - 2 AZR 215/88 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung, zu II 2 d bb der Gründe; vom 17. Januar 1991 - BAGE 67, 75, 81 = AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu II 2 c der Gründe und vom 16. August 1991 - 2 AZR 604/90 - AP Nr. 27, aaO, zu III 3 e der



Gründe) deutlich herausgestellt, auch im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung gelte das Prognoseprinzip (ebenso BVerfG Beschluß vom 21. Februar 1995 - 1 BvR 1397/93 - AP Nr. 44 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX, zu C I 3 a aa der Gründe); der Kündigungszweck sei zukunftsbezogen ausgerichtet, weil mit der verhaltensbedingten Kündigung das Risiko weiterer Vertragsverletzungen ausgeschlossen werden solle; entscheidend sei, ob eine Wiederholungsgefahr bestehe oder ob das vergangene Ereignis sich auch künftig weiter belastend auswirke (zur Rechtsprechungsentwicklung siehe auch Bitter/Kiel, RdA 1995, 26, 34, 35; vgl. ferner Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts, 1987, S. 454 f.).

b) Insofern war hier in der Tat zu besorgen, daß die Klägerin auch in Zukunft nicht bereit sein werde, die laut Vertragsänderung vom 13. April 1993 geschuldete Arbeit in der Zwischenproduktfabrik zu erbringen. Dies hat das Landesarbeitsgericht in seinem Urteil (S. 16) ausdrücklich festgestellt (§ 561 ZPO), nämlich daß den Gesamtumständen zu entnehmen sei, die Klägerin habe sich nicht nur im Gespräch am 19. April 1993 trotz Androhung einer außerordentlichen Kündigung ohne Angabe von Gründen geweigert, die neue Tätigkeit weiterhin zu verrichten, sondern auch ihr vorangegangenes Verhalten unterstütze die Annahme, daß sie nicht an den neuen Arbeitsplatz zurückkehren werde; die Klägerin habe zuvor ihr Einverständnis mit der Änderung ihrer Tätigkeit ausdrücklich widerrufen und sei an ihren alten Arbeitsplatz (im Vestolit-Betrieb) zurückgekehrt; dies habe sie sich, wie die Telefonate mit ihren betrieblichen Vorgesetzten zeigten, auch überlegt; schließlich gebe es auch nachträglich keinen Hinweis darauf, daß die Klägerin anderen Sinnes geworden wäre. Das Landesarbeitsgericht



führt dann selber aus, die hiernach begründete (negative) Prognose werde nicht durch Gegenteiliges Verhalten widerlegt. Wenn dem aber so ist - auch die Klägerin erhebt in dieser Hinsicht keine Gegenrüge -, so liegt gerade die vom Landesarbeitsgericht vermißte Feststellung vor, die Klägerin werde auch in Zukunft ihre Arbeitspflicht nicht wie geschuldet erfüllen. Es ist daher nicht nur von Wiederholungsgefahr auszugehen, sondern außerdem festzustellen, daß auch die zweite von der BAG-Rechtsprechung herausgestellte Alternative vorliegt, nämlich daß sich das vergangene Ereignis auch weiterhin künftig belastend im Arbeitsverhältnis auswirkt.

c) Auf der Grundlage dieser Überlegungen - mithin beruht die LAG-Entscheidung nicht auf seiner abweichend kritischen Auffassung zur beharrlichen Arbeitsverweigerung - hat das Landesarbeitsgericht abschließend ausgeführt, wegen dieses zu erwartenden Verhaltens der Klägerin wären jedoch die Interessen der Beklagten konkret nicht so beeinträchtigt, daß sie die ihr geschuldete Arbeitsleistung (überhaupt) nicht erhielte und die beschlossene Umstrukturierung nicht frühzeitig umsetzen könnte, denn beides wiege nicht so schwer, daß dadurch die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt wäre.

Bei der Überprüfung dieser Schlußfolgerung gilt ohnehin revisionsrechtlich nur ein eingeschränkter Überprüfungsmaßstab, nämlich ob das Landesarbeitsgericht bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen eine



außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (ständige Rechtsprechung des Senats, z. B. Urteil vom 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP Nr. 97 zu § 626 BGB und zuletzt Urteil vom 9. Mai 1996 - 2 AZR 387/95 - NZA 1996, 1085). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand.

Die Anschlußrevision rügt, die vom Landesarbeitsgericht unterstellte Alternative, nämlich die Möglichkeit einer Weiterarbeit der Klägerin an ihrer alten Wirkungsstelle, habe gerade nicht mehr bestanden; auch sei sie ihrerseits nicht mehr verpflichtet gewesen, die Klägerin an dieser alten Arbeitsstelle weiterzubeschäftigen. Wenn das Landesarbeitsgericht demgegenüber darauf abgestellt hat, die Klägerin sei bereit gewesen, ihre alte Tätigkeit weiter zu verrichten und der alte Arbeitsplatz sei auch noch nicht unmittelbar weggefallen, weil die Umsetzung des beschlossenen Kostenmanagementprojektes von arbeitsrechtlichen Maßnahmen - hier in Bezug auf die Klägerin - abhängig war, so daß im Falle einer Ablehnung der Änderung der Arbeitsbedingungen ohnehin eine Änderungskündigung unter Beachtung der ordentlichen Kündigungsfrist hätte ausgesprochen werden müssen, was die Beklagte auch beabsichtigt hatte, so liegt in diesen Überlegungen kein Widerspruch gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze und kein Außerachtlassen von vernünftigerweise in Betracht kommenden Umständen. Das Landesarbeitsgericht ist vielmehr davon ausgegangen - und diese Feststellung wird auch von der Anschlußrevision nicht in Zweifel gezogen -, tatsächlich habe nach der Aussage des Zeugen Dr. Win auch noch im Vestolit-Betrieb Arbeit zur Verfügung gestanden, weil in derartigen Fällen (bei Ablehnung der



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



Vertragsänderung) der betreffende Arbeitnehmer im Personalüberhang geführt und auch tatsächlich eingesetzt werde; der Zeuge habe zwar die Dauer für eine solche Situation mit einem Vierteljahr, also mit einem kürzeren Zeitraum als der Kündigungsfrist, veranschlagt, ohne jedoch anzugeben, worauf diese zeitliche Einschätzung beruhe; auch habe sich die Art der Beschäftigung auf die Höhe des der Klägerin zu gewährenden Entgelts wegen einer im Interessenausgleich vorgesehenen Verdienstsicherung nicht ausgewirkt. Wenn dem aber so war, ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht nicht zuletzt im Hinblick auf das langjährige Bestehen des Arbeitsverhältnisses und die persönlichen Umstände der Klägerin eine außerordentliche Kündigung nicht als die ultima ratio, sondern eine ordentliche Kündigung als das angemessene Mittel angesehen hat. Das führt zur Zurückweisung der Anschlußrevision.

Etzel

Bitter

Fischermeier

Dr. Bächle

Kuemmel-Pleißner



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

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)