

Aktenzeichen: 2 AZR 613/83

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 15. November 1984
- 2 AZR 613/83 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 9. März 1983
- 3 Ca 10188/82 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 22. September 1983
- 8 Sa 760/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja



Entscheidungsstichwort:

Kündigung wegen Freiheitsstrafe des Arbeitnehmers

Gesetz: BGB §§ 626, 140; KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung,
§§ 4, 5

Leitsätze:

1. Die früheren gesetzlichen Regelungen der außerordentlichen Kündigung sind zwar Anhaltspunkte dafür, welcher Kündigungssachverhalt an sich generell geeignet ist, einen wichtigen Grund i.S. des § 626 Abs. 1 BGB zu bilden. Wenn ein Tatbestand vorliegt, der nach früherem Recht (z.B. § 72 Abs. 1 Nr. 3 HGB) in der Regel zur außerordentlichen Kündigung berechtigte, besteht aber keine vom Gekündigten zu widerlegende Vermutung für die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.
2. Bei der Kündigung eines Arbeitnehmers wegen Arbeitsverhinderung durch die Verbüßung einer Freiheitsstrafe geht es nicht um einen verhaltens- sondern um einen personenbedingten Kündigungsgrund. Es hängt von Art und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen ab, ob eine haftbedingte Nichterfüllung der Arbeitspflicht durch den Arbeitnehmer eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB oder eine ordentliche Kündigung nach § 1 KSchG rechtfertigt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 613/83

8 Sa 760/83 Köln

Verkündet am
15. November 1984

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 15. November 1984 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hautmann und Schulze für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Köln vom 22. Sep-
tember 1983 - 8 Sa 760/83 - wird zurückge-
wiesen.

2. Die Beklagte trägt auch die Kosten der
Revision.

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

T a t b e s t a n d :

Der 1934 geborene Kläger ist seit April 1969 bei der Be-
klagten beschäftigt. Er war zunächst als Werker an der Bandanlage
und anschließend in der Wartung und Reinigung tätig, und zwar
zuletzt mit einem monatlichen Bruttolohn von 2.482,-- DM. Auf
das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für Mitar-
beiter im Rheinischen Braunkohlenbergbau Anwendung. Nach § 3
Ziff. 5 dieses Tarifvertrages gilt bei einer außerordentlichen
Kündigung gleichzeitig die fristgerechte Kündigung als ausge-
sprochen, wenn diese nicht nach den übrigen Bestimmungen des
Tarifvertrages ausgeschlossen ist.

Der Kläger ist am 19. Dezember 1981 wegen einer Trunken-
heitsfahrt im Straßenverkehr zu einer Freiheitsstrafe von drei
Monaten ohne Bewährung verurteilt worden. Er trat am 26. Oktober
1982 seine Strafhafte an, aus der er nach seinen Angaben vorzeitig
am 30. Dezember 1982 entlassen worden ist. Nachdem der Kläger
ihr den bevorstehenden Strafantritt mitgeteilt hatte, hat die
Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 25. Oktober



1982 - dem Kläger zugegangen am 7. November 1982 - mit sofortiger Wirkung gekündigt. Das Kündigungsschreiben ist von dem damaligen Vorsitzenden des Betriebsrates mit dem Vermerk: "Einverstanden für den Betriebsrat" gegengezeichnet worden.

Der Kläger macht mit der vorliegenden Klage die Unwirksamkeit dieser Kündigung geltend. Er hat vorgetragen, er habe sich trotz der schweren Arbeit bei der Beklagten so gut wie nie krankgemeldet. Er sei zwar im Jahre 1982 wegen vorübergehender Verringerung seiner Arbeitsleistung verwarnt worden. Anlaß dazu sei aber nur sein schweres Asthmaleiden gewesen, das auch zur Anerkennung seiner erst nach Erhebung der Kündigungsschutzklage beantragten Feststellung der Minderung der Erwerbsfähigkeit um 40 % geführt habe. Da er bereits am 30. Dezember 1982 wieder aus der Strafhaft entlassen worden sei, habe die Haftzeit nur zwei Monate gedauert. Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten, zugegangen am 7. November 1982, erloschen sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgebracht, der Betriebsrat habe am 27. Oktober 1982 mehrheitlich der Kündigung des Klägers zugestimmt. In den letzten drei Jahren habe der Kläger erhebliche Fehlzeiten wegen Arbeitsunfähigkeit aufzuweisen gehabt, und zwar 1980 an 170 Tagen (76,2 %), 1981 an 63 Tagen (28,6 %) und 1982 an 69 Tagen (31,1 %). Derart hohe Fehlzeiten hätten die von ihr für einen durchschnittlichen Krankenstand von sieben bis acht Prozent vor-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gehaltene Personalreserve bei weitem überschritten. Dadurch werde die Planung des Personaleinsatzes in einer Weise erschwert, die von ihr auf Dauer nicht hingenommen werden könne. Auch die Arbeitsleistung des Klägers sei nicht zufriedenstellend gewesen. Er habe häufig ohne ausreichende Entschuldigung Schichten ganz oder teilweise versäumt. Um die damit verbundenen Verzögerungen und betrieblichen Belastungen zu vermeiden, sei der Kläger als Belader abgelöst worden. Bei seiner neuen Tätigkeit in der Wartung und Reinigung habe er jedoch auch nicht von sich aus die erforderliche Arbeitsleistung erbracht. Er habe vielmehr ständig zur Arbeit angehalten und kontrolliert werden müssen. Wenn in einem derart belasteten Arbeitsverhältnis der Kläger für drei Monate völlig ausfalle, sei es ihr nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (30. Juni 1983) fortzusetzen. Der wichtige Grund liege in der seit dem 21. Oktober bestehenden vom Kläger verschuldeten Unmöglichkeit, während der Strafhaft seine Arbeitsleistung zu erbringen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben.

Zur Begründung ihrer Berufung hat die Beklagte vorgetragen, bei der Würdigung, ob eine Strafhaft eine außerordentliche Kündigung rechtfertige, sei darauf abzustellen, ob die Arbeitsverhinderung "verhältnismäßig erhebliche Zeit" andauere. Das sei bei einer Haftdauer von mehr als einem Monat anzunehmen. Schon diese Wertung hätte zur Abweisung der Klage führen müssen, weil für den Fall der haftbedingten Nichtleistung der Arbeit entscheidend auf den Zeitfaktor abzustellen sei. Die bisherige Durchführung des



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitsverhältnisses durch den Kläger habe ihr keine Veranlassung gegeben, trotz der erheblichen Zeit seines haftbedingten Ausfalls von einer außerordentlichen Kündigung abzusehen. Aus der Vorgeschichte ergäben sich keine Gründe, die die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ausräumen könnten. Wenn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts schon eine einmonatige Untersuchungshaft eine verhältnismäßig erhebliche Zeit des Ausfalls der Arbeitsleistung sei, dann müsse schon eine einmonatige Strafhaft noch schwerer gewichtet werden. Die Strafhaft gehe auf ein schuldhaftes strafwürdiges Verhalten des Arbeitnehmers, also auf seine eigene Veranlassung zurück. Der dadurch bedingte Arbeitsausfall könne nicht mit der Fehlzeit eines länger erkrankten Arbeitnehmers verglichen werden, dem eine erhöhte soziale Schutzbedürftigkeit zuzuerkennen sei. Die bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie der Familienstand des Klägers könnten an der Unzumutbarkeit, die durch die vom Kläger veranlaßte Arbeitsverhinderung gesetzt worden sei, nichts ändern. Da der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich vorbehaltlos zugestimmt habe, sei sie, wenn kein wichtiger Grund anerkannt werde, in eine ordentliche Kündigung umzudeuten.

Der Kläger hat entgegnet, es komme bei der Kündigung wegen Verbüßung einer Haftstrafe einzig und allein darauf an, ob dem Arbeitgeber die Verhinderung des Arbeitnehmers zumutbar sei oder nicht. Der Begriff der Zumutbarkeit sei dabei auf den Arbeitsablauf zu beziehen und daß dieser vorliegend durch sein Fehlen nicht gestört worden sei, dürfte selbst die Beklagte nicht bestreiten. Nur dann, wenn ein Arbeitnehmer im Betrieb schwer zu



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ersetzen sei, könne bereits nach Ablauf von zwei oder drei Wochen eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein.

Auf diesen Vortrag des Klägers hat die Beklagte erwidert, die Argumentation des Klägers, ihre Interessen seien durch den zu erwartenden Ausfall von drei Monaten nicht schwer getroffen worden, da sie der größte Arbeitgeber im Raum Köln sei und es zu keiner Störung des Arbeitsablaufes gekommen sei, sei nicht nachvollziehbar. Jeder eingestellte Mitarbeiter werde auch gebraucht. Auf eine Störung des Betriebsablaufes komme es letztlich gar nicht an. Entscheidend sei vielmehr die Frage, ob dem Arbeitgeber bei der Kalkulation der Personalreserve zugemutet werden könne, auch längere Freiheitsstrafen von Mitarbeitern zu berücksichtigen.

Der Kläger hat in der Berufungsverhandlung erklärt, mit Rücksicht auf das Vorbringen der Beklagten zur Umdeutung wehre er sich auch gegen eine etwaige fristgerechte Kündigung. Er hat demgemäß beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts unter Zurückweisung der Berufung mit folgender Maßgabe aufrechtzuerhalten:

Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die mit Schreiben vom 25. Oktober 1982 ausgesprochene fristlose Kündigung, noch durch eine hilfsweise ausgesprochene fristgerechte Kündigung vom 25. Oktober 1982 aufgelöst worden ist.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der dem Berufungsantrag des Klägers entsprechenden Maßgabe zu-



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



rückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat die vom Kläger angegriffene Kündigung sowohl als außerordentliche wie auch als ordentliche Kündigung für unwirksam erachtet. Es hat dazu ausgeführt, der Kläger habe durch entsprechende Erklärungen in der Berufungsverhandlung klargestellt, daß er sich nicht nur gegen eine fristlose, sondern auch eine fristgemäße Beendigung seines Arbeitsverhältnisses wehren wolle. Gründe für eine fristlose oder fristgerechte Kündigung lägen nicht vor. Die im Zeitpunkt der Kündigung von der Beklagten zu erwartende Arbeitsverhinderung des Klägers für drei Monate sei zwar eine verhältnismäßig erhebliche Zeit. Diese zu erwartende tatsächliche Arbeitsverhinderung reiche allein jedoch nicht aus. Es bedürfe vielmehr, ähnlich wie in sonstigen Fällen einer längeren Arbeitsverhinderung (anhaltende Krankheit, Ableistung einer Wehrübung oder eines Wehrdienstes im Ausland) im Einzelfall einer sorgfältigen Abwägung aller vernünftigerweise zu berücksichtigenden Umstände. Dabei sei insbesondere zu prüfen, in welchem Maße sich das Fehlen des Klägers im Betrieb der Beklagten ausgewirkt habe. Eine Beendigungskündigung, gleichgültig ob sie auf betriebs-, personen- oder verhaltensbe-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

dingten Gründe gestützt sei und gleichgültig, ob sie als ordentliche oder außerordentliche Kündigung ausgesprochen werde, komme nur als äußerstes Mittel in Betracht. Der Arbeitgeber müsse nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Zeiten der Arbeitsverhinderung zunächst durch zumutbare anderweitige Maßnahmen (z.B. Einstellung einer Aushilfskraft, vorübergehende Umorganisation, vorübergehende Einführung von Überstunden oder Mehrarbeit) überbrücken. Im Rahmen der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, daß der Kläger über 13 Jahre lang bei der Beklagten beschäftigt gewesen sei und in seinem Alter als ungelernter Arbeiter nur eine geringe Chance habe, einen neuen gesicherten Arbeitsplatz zu finden. Darauf sei er dringend angewiesen, weil er für seine nicht selbstverdienende Ehefrau und zumindest ein Kind zu sorgen habe. Nicht entscheidend sei, ob der Kläger schuldhaft durch eine strafbare Handlung die Ursache für seine Verhinderung gesetzt habe. Auf die Frage eines Verschuldens könne es nicht ankommen, weil Kündigungsgrund im vorliegenden Fall nicht die strafbare Handlung sei, sondern die hierdurch ausgelöste Arbeitsverhinderung, also letztlich betriebsbedingte Gründe. Was die Interessen der Beklagten angehe, so sei nicht festzustellen, daß die Beklagte durch einen Arbeitsausfall des Klägers für drei Monate unzumutbar belastet oder in eine Zwangslage gekommen sei. Eine wirtschaftliche Belastung scheide aus, weil eine Verpflichtung zur Fortzahlung der Vergütung für die Dauer der Strafhaft nicht bestehe. Die Beklagte habe auch nichts dafür vorgetragen, daß sie die Stelle des Klägers aus betrieblichen Gründen sofort neu besetzen mußte und es nicht möglich gewesen sei, durch Aushilfskräfte oder andere zumutbare Maßnahmen die Abwesenheit des



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



Klägers zu überbrücken. Insoweit sei zu berücksichtigen, daß der Kläger, der zuletzt in der Wartung und Reinigung tätig gewesen sei, leichter ersetzbar sei als Fachkräfte oder Arbeitnehmer in leitenden Funktionen. Die Beklagte habe zudem von vornherein Klarheit über die Dauer des Ausfalls des Klägers gehabt. Bei der Größe ihres Betriebes und ihrer Belegschaft seien der Beklagten Überbrückungsmaßnahmen eher möglich gewesen als einem kleineren Unternehmer, der nur wenige Arbeitnehmer beschäftige. Aus dem Vortrag der Beklagten ergebe sich auch nicht, daß bereits die früheren krankheitsbedingten Fehlzeiten und sonstige Arbeitsversäumnisse betriebliche Auswirkungen gehabt hätten, die es der Beklagten unzumutbar gemacht hätten, eine zusätzliche dreimonatige Arbeitsverhinderung des Klägers in Kauf zu nehmen. Die Freiheitsstrafe sei demgemäß kein Grund für eine fristlose oder fristgerechte Kündigung gewesen.

II. Dieser Würdigung ist zwar im Ergebnis, aber nicht in allen Teilen der Begründung zuzustimmen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat die Arbeitsverhinderung des Klägers wegen seiner Strafhaft im Anschluß an die Entscheidung des erkennenden Senates vom 10. Juni 1965 - 2 AZR 339/64 - (AP Nr. 17 zu § 519 ZPO) dahin überprüft, ob der Kläger eine "verhältnismäßig erhebliche Zeit" i.S. des § 123 Abs. 1 Nr. 8 GewO an der Arbeit verhindert gewesen ist.

a) Dieser Ansatzpunkt ist nicht bereits deswegen verfehlt, weil durch das ArbRBereiniG die kündigungsrechtlichen Sonderregelungen



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



auch der GewO aufgehoben und hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung einheitlich in § 626 BGB geregelt worden sind. Die in den aufgehobenen gesetzlichen Vorschriften genannten Beispiele für wichtige Gründe sind vielmehr auch im Regelungsbereich des § 626 BGB weiterhin aufschlußreiche Hinweise darauf, welche typischen Sachverhalte an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung zu bilden (KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 626 BGB Rz 60 bis 63 m.w.N.). Dieser Rückgriff auf die früheren gesetzlichen Regelungen der außerordentlichen Kündigung darf aber nicht dazu führen, die bisherigen Tatbestände, die in der Regel die außerordentliche Kündigung rechtfertigten, zu absoluten Gründen für außerordentliche Kündigungen i.S. des § 626 BGB zu erheben. Wie die Beklagte verkennt, gibt es im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB keine unbedingten (absoluten) Kündigungsgründe (BAG 30, 309, 313, 314; Galperin, DB 1964, 1114, 1115, 1116; Herschel, Festschrift für Gerhard Müller, Arbeitsleben und Rechtspflege, 1981, S. 202). Es bedarf vielmehr stets der fallbezogenen Abwägung aller für und gegen die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses sprechenden Umstände im Einzelfall. Die "abstrakte Erheblichkeit" eines Kündigungssachverhaltes (aaO) genügt noch nicht zur Begründung der Unzumutbarkeit. Es ist deswegen zumindest mißverständlich, wenn Hillebrecht (aaO, Rz 61, 63) die früheren "Regeltatbestände" auch bei der Anwendung des § 626 BGB in der Regel als wichtige Gründe anerkennen will, wenn keine besonderen Umstände zugunsten des Gekündigten sprechen. Diese Auffassung ist mit dem Gebot der individuellen Interessenabwägung und der Darlegungs- und Beweislast des Kündigenden für alle Voraussetzungen der Unzumutbarkeit (BAG 2, 333, 339; 24,



383, 394) nicht zu vereinbaren, soweit sie die Auslegung zuläßt, die Regeltatbestände begründeten jedenfalls eine vom Gekündigten auszuräumende tatsächliche Vermutung für die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Auch wenn ein bestimmter Kündigungssachverhalt einem in einer früheren Kündigungsbestimmung als Beispiel für den wichtigen Grund genannten Tatbestand entspricht, kann sich der Kündigende nicht darauf beschränken, auf die regelmäßigen Auswirkungen des typischen Sachverhaltes zu verweisen, wenn der Gekündigte eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses bestreitet. Nicht nur die generell möglichen, sondern auch die jeweils konkret eingetretenen betrieblichen oder wirtschaftlichen Auswirkungen einer bestimmten Störung des Arbeitsverhältnisses sind bereits Teil des vom Kündigenden darzulegenden und zu beweisenden Kündigungsgrundes und nicht erst und ausschließlich bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen (vgl. BAG 40, 361, 370; Weller, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1982, Bd. 20, S. 77, 81).

b) An diese Grundsätze hat sich das Landesarbeitsgericht nur im Ergebnis gehalten. Es hat zwar darauf abgestellt, ob die Beklagte nach ihrem Vortrag durch eine dreimonatige Arbeitsverhinderung des Klägers konkret unzumutbar belastet oder in eine Zwangslage geraten wäre. Diese Prüfung hat es aber, wie auch der erkennende Senat in der vom Berufungsgericht angezogenen Entscheidung vom 10. Juni 1965 (- 2 AZR 339/64 - AP Nr. 17 zu § 519 ZPO), erst im Rahmen der Interessenabwägung vorgenommen.

Wie das Berufungsgericht weiter übersehen hat, betrifft



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



diese Entscheidung des Senates den vorliegend nicht einschlägigen Fall einer außerordentlichen Kündigung wegen einer Untersuchungshaft. Von den früher besonders geregelten Kündigungstatbeständen ist im Streitfall nicht an § 123 Abs. 1 Nr. 8 GewO, sondern an den bis zur Neufassung des § 626 BGB geltenden § 72 Abs. 1 Nr. 3 HGB anzuknüpfen. Nach dieser früheren Bestimmung waren als wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber namentlich eine anhaltende Krankheit oder die Dienstverhinderung des Arbeitnehmers durch eine "längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit und durch eine länger als acht Wochen dauernde militärische Dienstleistung" geeignet. Nach der Entscheidung des erkennenden Senates vom 14. März 1968 - 2 AZR 197/67 - (AP Nr. 2 zu § 72 HGB mit zust. Anm. von Herschel) hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift die drei genannten Tatbestände "wertneutral" auf die gleiche Stufe gestellt und damit zum Ausdruck gebracht, daß es ihm allein auf die tatsächliche Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers ankommt.

Wie sich aus dieser früheren Wertung des Gesetzgebers ergibt, ist entgegen den Rügen der Revision die Verbüßung einer Haftstrafe nicht als ein vom Arbeitnehmer schuldhaft herbeigeführter Fall der Arbeitsverhinderung und damit nicht als schuldhafter verhaltensbedingter, sondern als personenbedingter Grund für eine außerordentliche Kündigung einzuordnen. Es besteht kein Anlaß, nach der Aufhebung des § 72 HGB von dieser früheren Wertung des Gesetzgebers abzugehen. Sie begünstigt die erforderliche Resozialisierung eines straffällig gewordenen Arbeitnehmers, indem sie verhindert, daß jede Freiheitsstrafe ohne Rücksicht auf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ihre Dauer und ihre Auswirkung wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers und damit zum Verlust des Arbeitsplatzes führt.

2. Trotz des formal unrichtigen Prüfungsmaßstabes (Rückgriff auf § 123 Abs. 1 Nr. 8 GewO statt auf § 72 Abs. 1 Nr. 3 HGB) erweist sich das angefochtene Urteil jedoch im Ergebnis als zutreffend. Für beide Kündigungstatbestände kommt es entscheidend darauf an, ob die Arbeitsverhinderung des Klägers sich für die Beklagte konkret nachteilig ausgewirkt hat. Diese Voraussetzung hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler als nicht erfüllt angesehen.

a) Im Urteil vom 14. März 1968 (aaO) hat der erkennende Senat ohne nähere Begründung die Verbüßung einer Reststrafe von über fünf Monaten als eine längere Freiheitsstrafe des Arbeitnehmers als wichtigen Grund gewertet, der den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Herschel hat in der Anmerkung zu dieser Entscheidung ausgeführt, das Bundesarbeitsgericht hätte seine Entscheidung mit dem Hinweis stützen können, wenn das Gesetz schon eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Übung als wichtigen Grund qualifiziere, so müsse das erst recht für das Einsitzen in einer Strafanstalt von fast halbjähriger Dauer gelten.

Demgegenüber lehnt es Würdinger (GK-HGB, 3. Aufl., § 72 Rz 6) ab, die früher für militärische Übungen geltende Frist von acht Wochen als Anhaltspunkt für die Bestimmung einer längeren



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Freiheitsstrafe zu wählen, weil sie auf der Sonderregelung einer Streitfrage beruhe. Auch im Übrigen nimmt das Schrifttum an, wann eine Freiheitsstrafe als "längere" anzusehen sei, könne jeweils nur nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmt werden, wobei es entscheidend darauf ankomme, in welchem Umfang dem Arbeitgeber die Verhinderung des Arbeitnehmers zumutbar ist (Bleistein, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., S. 139, 140; Grüll, Kündigungsrecht im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., S. 53; MünchKomm-Schwerdtner, BGB, § 626 Rz 88; Schröder in Schlegelberger, HGB, 4. Aufl., § 72 Rz 8; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 432).

Dieser Auffassung schließt sich der Senat an, weil die Festlegung einer bestimmten Mindest- oder Regeldauer für eine kündigungsrechtlich erhebliche Verbüßung einer Straftat durch den Arbeitnehmer die unzutreffende Annahme eines absoluten Kündigungsgrundes begünstigen, nicht zur erstrebten Rechtssicherheit führen und auch nicht den Interessen des Arbeitgebers bei einer kürzeren Straftat des Arbeitnehmers entsprechen würde. Bei der von Herschel (aaO) angeregten Regelgrenze müßten einerseits "Ausnahmen" für kürzere Haftstrafen zugelassen werden, wenn der Arbeitnehmer im Betrieb schwer zu ersetzen ist. Andererseits wäre die Regeldauer um das für den wichtigen Grund selbstverständliche Erfordernis zu ergänzen, daß sich die haftbedingte Arbeitsverhinderung auch konkret nachteilig auf das Arbeitsverhältnis auswirkt und zu einer unzumutbaren Belastung für den Arbeitgeber führt. Das ist das entscheidende Kriterium für die Bestimmung des



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



wichtigen Grundes bei der Kündigung wegen einer Freiheitsstrafe.

b) Auch wenn zugunsten der Beklagten unterstellt wird, der Kläger sei nicht nur für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit, sondern auch durch eine "längere Freiheitsstrafe" an der Arbeitsleistung verhindert gewesen, ist die außerordentliche Kündigung unwirksam, weil die Beklagte nach der Würdigung und den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts weder unzumutbare noch überhaupt erhebliche Auswirkungen der Arbeitsverhinderung dargelegt hat.

aa) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist die Beklagte durch den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Strafverbüßung wirtschaftlich nicht belastet worden. Ein Anspruch des Klägers auf Fortzahlung der Vergütung nach § 616 Abs. 1 BGB hat für diesen Zeitraum nicht bestanden, weil ein Arbeitnehmer jedenfalls im Rahmen dieser Bestimmung die durch eine Strafverbüßung bedingte Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zu vertreten hat (MünchKomm-Schwerdtner, BGB, § 626 Rz 88).

bb) Nach der weiteren Begründung des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte auch nicht dargelegt, es sei wegen des Ausfalls des Klägers zu Störungen im Betriebsablauf gekommen. Das Berufungsgericht hat insoweit festgestellt, die Beklagte habe nichts dafür vorgetragen, daß sie die Stelle des Klägers aus betrieblichen Gründen sofort neu besetzen mußte und es ihr nicht möglich war, durch Aushilfskräfte oder andere zumutbaren Maßnahmen die dreimonatige Abwesenheit des Klägers zu überbrücken.



Soweit diese Ausführungen als Ergebnis der Prüfung der Erheblichkeit des Vortrages durch die Beklagte überprüft werden können, lassen sie keinen Rechtsfehler erkennen. Die Beklagte hat in der Tat zu der Darstellung des Klägers, es sei durch seine Fehlzeit zu keiner Störung des Arbeitsablaufs gekommen, nicht substantiiert Stellung genommen. Sie hat sich vielmehr in ihrem vorinstanzlichen Schriftsatz vom 17. August 1983 auf die allgemeinen Hinweise beschränkt, jeder eingestellte Mitarbeiter werde auch gebraucht und es sei ein Trugschluß zu glauben, bei einer größeren Zahl von Mitarbeitern spiele das Fehlen eines einzelnen eine geringere Rolle als bei einer kleineren Zahl. Es fielen durchschnittlich je Mitarbeiter bestimmte Fehlzeiten an, die durch eine Personalreserve abgedeckt werden müßten. Bei mehr Mitarbeitern müsse die Personalreserve größer sein. Aus diesem Vortrag ergibt sich nicht, ob und weshalb die Beklagte den Ausfall des Klägers nicht mit der vorgesehenen Personalreserve oder auf sonstige Weise ausgleichen konnte. Auch die Rüge der Revision, es sei nicht gerechtfertigt, den Arbeitgeber mit den Kosten für eine Personalreserve zu belasten, die der Überbrückung der Ausfälle durch selbstverschuldete längere Freiheitsstrafen dienen würden, enthält keine durchgreifende Verfahrensrüge oder auch nur den Hinweis darauf, das Landesarbeitsgericht habe den Vortrag der Beklagten unrichtig gewürdigt.

Gebunden ist der Senat an die weitere Feststellung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe nicht vorgetragen, sie habe die Stelle des Klägers aus betrieblichen Gründen sofort neu besetzen müssen.



Diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts hätte von der Beklagten nur mit einem Antrag auf Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO bekämpft werden können, den sie jedoch nicht gestellt hat (BAG Urteil vom 13. März 1964 - 1 AZR 100/63 - AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Die Beklagte hat zudem eine unvollständige Berücksichtigung ihres Vortrages zu den betrieblichen Auswirkungen der Arbeitsverhinderung des Klägers insoweit nicht bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist am 22. Januar 1984, sondern erst verspätet und damit unzulässig (§ 561 Abs. 1 S. 2 ZPO) in ihrem weiteren Schriftsatz vom 26. Oktober 1984 gerügt.

c) Wegen der ausdrücklichen Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich nicht auf die Notwendigkeit einer Ersatz-einstellung berufen, geht es insoweit nicht um eine unvollständige Interessenabwägung, die als materiell-rechtlicher Fehler auch ohne Verfahrensrüge zu beachten wäre (vgl. dazu das Urteil des erkennenden Senates vom 15. Dezember 1955 - 2 AZR 239/54 - AP Nr. 6 zu § 626 BGB). Da die Beklagte nach der somit revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht substantiiert vorgetragen hat, ob und wie der Produktionsablauf durch die Verhinderung des Klägers gestört oder der Personaleinsatz beeinträchtigt worden ist, fehlt es schon an einem ausreichenden Vortrag der Beklagten zum Kündigungsgrund selbst. Der Senat braucht deswegen nicht auf die bei der Interessenabwägung vom Berufungsgericht zugunsten des Klägers gewerteten Umstände (sozialer Status und Dauer der Betriebszugehörigkeit) einzugehen. Das gilt auch für die Frage, welche Maßnahmen



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



für einen Arbeitgeber zumutbar sind, um die haftbedingte Arbeitsverhinderung eines Arbeitnehmers zu überbrücken, weil das Landesarbeitsgericht darauf nicht tragend abgestellt hat. Da sich seiner Begründung aber die Auffassung entnehmen läßt, Fälle der vorliegenden Art seien insoweit einer längeren Arbeitsverhinderung wegen anhaltender Krankheit gleichzustellen, hält der Senat folgenden Hinweis für geboten: Diese Gleichstellung ist verfehlt, weil der Arbeitnehmer bei einer Krankheit seinen Arbeitsplatz durch einen "Schicksalsschlag" zu verlieren droht (vgl. Weller, aaO, S. 82), während er eine Strafhaft durch strafbares Verhalten selbst verursacht hat. Aus diesem Grunde sind dem Arbeitgeber zur Überbrückung des Ausfalls eines wegen Strafverbüßung verhinderten Arbeitnehmers geringere Anstrengungen und Belastungen zuzumuten als bei einer krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung. Zu einer genaueren Abgrenzung gibt der Streitfall allerdings keine Veranlassung.

3. Dem Landesarbeitsgericht ist auch darin zu folgen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die vom 25. Oktober 1982 ausgesprochene Kündigung nicht fristgemäß aufgelöst worden ist.

a) Die Tenorierung des angefochtenen Urteils und seine Begründung ist insoweit allerdings mißverständlich, weil das Landesarbeitsgericht davon auszugehen scheint, entsprechend § 3 Ziff. 5 letzter Absatz des zwischen den Parteien einschlägigen MTV sei neben der außerordentlichen zugleich als weiteres selbständiges Rechtsgeschäft eine fristgemäße Kündigung durch die



Beklagte ausgesprochen worden. Diese Auslegung ist nicht zutreffend, weil diese Bestimmung des MTV nur dazu dient, die sonst regelmäßig auftretenden Zweifel darüber zu beseitigen, ob bei einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung die Voraussetzungen für die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung vorliegen (vgl. das Urteil des Senates vom 12. August 1976 - 2 AZR 311/75 - AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972). Nur diese Auslegung des Tarifvertrages ist systemgerecht, weil die Tarifvertragsparteien zwar im Hinblick auf § 140 BGB eine Auslegungsregel für eine unwirksame außerordentliche Kündigung schaffen, aber nicht zugleich für die tarifgebundenen Parteien die Fiktion einer tatsächlich gar nicht erklärten weiteren und rechtlich selbständigen ordentlichen Kündigung begründen können.

b) Da es mithin um die Wirksamkeit einer Kündigung - wenn auch mit verschiedenen Kündigungsterminen - geht, war der Kläger nicht gehindert, die Unwirksamkeit der Entlassung vom 25. Oktober 1982 auch als ordentliche Kündigung noch im Berufungsverfahren geltend zu machen. Dem Vortrag des Klägers in der ersten Instanz ist nicht sein Wille zu entnehmen, den Streitgegenstand auf die Frage zu beschränken, ob die Kündigung als außerordentliche Kündigung unwirksam ist (vgl. dazu das Urteil des erkennenden Senates vom 31. Mai 1979 - 2 AZR 473/77 - AP Nr. 50 zu § 256 ZPO), weil die Beklagte sich noch nicht darauf berufen hatte, die Kündigung sei jedenfalls als ordentliche Kündigung wirksam (vgl. BAG Urteil vom 18. Juni 1965 - 5 AZR 351/64 - AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit). Der Kläger hat sich damit schon nach seinem ursprünglichen Klageantrag uneingeschränkt gegen die Auflösung des



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung vom 25. Oktober 1982 gewehrt (Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 13 Rz 33; insoweit im Ergebnis auch KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 292; die Entscheidung des Senates vom 16. November 1970 - 2 AZR 33/77 - AP Nr. 38 zu § 3 KSchG betrifft einen anderen Sachverhalt, in dem aufgrund der Klageschrift anzunehmen war, der Arbeitnehmer wolle sich nur gegen die sofortige Kündigung wenden, die fristgemäße hingegen annehmen).

Mit der Neufassung seines Antrages im Berufungsverfahren hat der Kläger damit vorliegend seine Klage nicht nach Ablauf der Fristen der §§ 4, 5 KSchG erweitert, sondern sein Begehren nur klargestellt.

c) Da die Beklagte nach den Ausführungen zur außerordentlichen Kündigung schon nicht substantiiert dargelegt hat, wie sich die Arbeitsverhinderung des Klägers konkret nachteilig auf den Betriebsablauf ausgewirkt haben soll, fehlt es auch für eine ordentliche Kündigung an einem personenbedingten Grund. Auch zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung hätte es insoweit eines substantiierten Vortrages der Beklagten bedurft, weil die von der Beklagten einzuhaltende Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Quartalsende länger war als die voraussichtliche Dauer der vom Kläger zu verbüßenden Freiheitsstrafe und die Beklagte daher noch vor Ablauf der Kündigungsfrist wieder auf den Kläger hätte zurückgreifen können.

Die weiteren von der Beklagten gegen den Kläger im Verlaufe



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



des Rechtsstreites erhobenen Vorwürfe brauchen nicht auf ihre Eignung als Kündigungsgründe geprüft zu werden. Wie die Beklagte in der Revisionsbegründung klargestellt hat, wollte sie mit der früheren Arbeitsunfähigkeit und den behaupteten anderen Arbeitsversäumnissen des Klägers nur darauf hinweisen, daß sich aus seinem früheren Verhalten keine Umstände ergäben, die die Unzumutbarkeit seiner Weiterbeschäftigung ausräumen könnten.

III. Die Revision war demgemäß mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Dr. Hautmann

Schulze





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)