

Aktenzeichen: 7 AZR 474/83

Bundesarbeitsgericht 7. Senat Urteil vom 14. November 1984
- 7 AZR 474/83 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 5. Oktober 1982
München - 7 Ca 2311/82 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 24. März 1983
München - 2 Sa 743/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja



Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren
Arbeitnehmers

Gesetz:

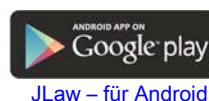
BGB § 626 Abs. 1

Leitsätze:

1. Ist die ordentliche Kündigung tarifrechtlich ausgeschlossen, so ist im Rahmen der Interessenabwägung bei einer vom Arbeitgeber erklärten außerordentlichen Kündigung nicht auf die fiktive Frist für die ordentliche Kündigung, sondern auf die tatsächliche künftige Vertragsbindung abzustellen.
2. Der tarifliche Ausschluß der ordentlichen Kündigung und die hierdurch in der Regel bedingte langfristige Vertragsbindung stellen Umstände dar, die bei einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers im Rahmen der einzelfallbezogenen Interessenabwägung entweder zugunsten oder zuungunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.
3. Welche Betrachtungsweise im Einzelfall den Vorrang verdient, ist insbesondere unter Beachtung des Sinns und Zwecks des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung sowie unter Berücksichtigung der Art des Kündigungsgrundes zu entscheiden.



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



7 AZR 474/83

2 Sa 743/82 München

Verkündet am
14. November 1984

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. November 1984 durch den Richter Roeper als Vorsitzenden, die Richter Dr. Becker und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Nehring und Jubelgas für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 24. März 1983 - 2 Sa 743/82 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der 1934 geborene Kläger ist seit Dezember 1957 als Arbeiter bei der Beklagten beschäftigt, seit 1966 im Rangierdienst beim Bahnhof I -Hauptbahnhof.

Die Beklagte hat dem Kläger am 5. Februar 1982 fristlos gekündigt. Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Er hat beantragt festzustellen, daß die von der Beklagten mit Schreiben vom 5. Februar 1982 ausgesprochene fristlose Kündigung rechtsunwirksam sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie behauptet, am Samstag, dem 30. Januar 1982, habe der Dienststellenleiter, Bundesbahn-Oberamtsrat M (DL), eine Betriebskontrolle im Zentralstellwerk I -Hauptbahnhof durchgeführt. Dabei hätten sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Kläger während seines Rangierdienstes an diesem Nachmittag Alkohol getrunken habe. Der Dienststellenleiter habe deshalb den Kläger in den Dienstraum gebeten, um einen Alco-Test durchzuführen. Der Kläger habe sich geweigert, den Alco-Test vornehmen zu lassen. Er habe im Verlauf der Auseinandersetzung zum DL etwa gesagt: "Was schleichen Sie am Samstag nachmittag auf dem Bahnhof rum. Machen Sie, daß Sie nach Hause kommen zu Ihrer jungen Frau! Aber wahrscheinlich brauchen Sie das nicht und holen sich Ihren Orgasmus hier, wenn Sie mich bestrafen!" Der Kläger habe sich auch geweigert, den Test durchführen zu lassen, nachdem der DL noch einen Bahnpolizisten hinzugezogen gehabt habe. Der Dienststellenleiter sei zu diesem Test aufgrund der Dienstanweisung der Deutschen Bundesbahn verpflichtet gewesen. Nach Verfügungen der Bundesbahndirektion München und des Vorstandes der Bundesbahn vom 8. Juni 1977 und 9. März 1977 seien Dienststellenleiter zu Betriebskontrollen verpflichtet.

Übrigens sei der Kläger schon am 9. Februar 1981 einmal betrunken in der Bahnhofswirtschaft angetroffen worden, obwohl er an jenem Tag ab 20 Uhr Nachtdienst gehabt hätte.

- 3 -



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



- 3 -

Am 17. September 1981 habe der Kläger auf eine Ermahnung des Dienststellenleiters diesem erwidert: "Sie meinen wohl, Sie sind der liebe Gott und wissen alles, die anderen aber sind blöd."

Der Kläger hat bestritten, diese beleidigenden Äußerungen in dieser Form getan zu haben. Er trägt vor, er sei von seinem Dienststellenleiter besonders scharf überwacht worden. Darunter habe er so sehr gelitten, daß er sich in ärztliche Behandlung habe begeben müssen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision beantragt die Beklagte, das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

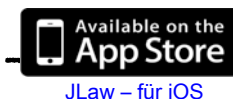
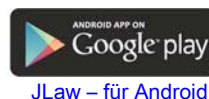
Die vom Senat durch Beschluß vom 10. August 1983 - 7 AZN 291/83 - zugelassene Revision ist begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat insbesondere ausgeführt, nach den Bestimmungen des LTV für Arbeiter der Deutschen Bundesbahn (§ 30 Abs. 3) habe dem Kläger nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden können, weil er eine Eisenbahndienstzeit von mehr als 15 Jahren - nämlich 24 Jahre - aufzuweisen habe und 47 Jahre alt gewesen sei.

Grundsätzlich komme eine außerordentliche Kündigung nur in Betracht, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen mildereren Mittel erschöpft seien. Die außerordentliche Kündigung sei nur zulässig, wenn sie die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigungsberechtigten sei. Außerdem gelte der Grundsatz, daß eine außerordentliche Beendigungskündigung, auch wenn sie auf verhaltensbedingte Gründe gestützt sei, als äußerstes Mittel erst in Betracht komme, wenn keine Möglichkeit zu



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



- 4 -

einer anderweitigen Beschäftigung, u.U. auch mit schlechteren Arbeitsbedingungen, bestehe (BAG 30, 309 = AP Nr. 70 zu § 626 BGB).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze habe die Beklagte nicht fristlos kündigen dürfen. Auf die Weigerung des Klägers vom 30. Januar 1982, einen Atemalkoholtest vornehmen zu lassen, könne die Beklagte die außerordentliche Kündigung nicht stützen. Voraussetzung für die Durchführung eines derartigen Testes sei nach einer Verfügung des Vorstandes der Deutschen Bundesbahn vom 9. März 1977, daß sich gegen einen Mitarbeiter aufgrund äußerer Merkmale der Verdacht ergebe, daß er unter Alkoholkwirkung stehe. Einen derartigen Verdacht habe die Beklagte nicht zu beweisen vermocht.

Der Kläger habe wenigstens subjektiv annehmen dürfen, daß das Verlangen des Dienststellenleiters M , sich einem Atemalkoholtest zu unterziehen, unbegründet gewesen sei. Dennoch habe sich der Kläger nicht zu den beleidigenden Äußerungen gegenüber dem Dienststellenleiter M hinreißen lassen dürfen. Diese Äußerungen stellten eine erhebliche Beleidigung seines Vorgesetzten M dar. Auch im Zusammenhang mit dem aus der Sicht des Klägers zu Unrecht verlangten Alkoholtest hätte sich der Kläger zu derartigen Beleidigungen nicht hinreißen lassen dürfen, wenn sie auch in diesem Zusammenhang in einem milderen Licht erschienen.

Allerdings ergebe sich unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht, daß es der außerordentlichen Kündigung des Klägers bedurft hätte. Im Hinblick auf die 24-jährige Dienstzeit des Klägers wäre es zuzumuten gewesen, dem Kläger Gelegenheit zu geben, sich zu entschuldigen und notfalls dem Kläger einen anderen Arbeitsplatz, also eine Versetzung, anzubieten.

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung sei die Kündigungsfrist zugrunde zu legen, die ohne den besonderen Kündigungsschutz für eine ordentliche Kündigung gelten würde (BAG Urteil



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



- 5 -

vom 8. August 1968 - 2 AZR 348/67 - AP Nr. 57 zu § 626 BGB). Diese Frist betrage für den Kläger drei Monate für den Schluß eines Kalendervierteljahres. Bis dahin, zum 30. Juni 1982, also einen Zeitraum von etwa fünf Monaten, sei es der Beklagten zuzumuten gewesen, den Kläger weiterzubeschäftigen. Daran änderten auch nichts die von der Beklagten angeführten Verstöße des Klägers vom 9. Februar 1981 und 17. September 1981, da sie nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verhalten des Klägers vom 30. Januar 1982 stünden und der Kläger auch nicht abgemahnt worden sei.

Der Beweisantrag, den Zeugen F zu vernehmen über die Behauptung der Beklagten, der Kläger sei am 30. Januar 1982 bereits in angetrunkenem Zustand zur Arbeit erschienen, habe nicht berücksichtigt werden können, da auf diesen Sachverhalt die Kündigung, wie sich aus dem Kündigungsschreiben ergebe, nicht gestützt worden sei und die Beklagte auch nicht vorgetragen habe, daß sie zu diesem neuen Sachverhalt den Personalrat gehört habe.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter von einem Sachverhalt ausgegangen ist, der überhaupt einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abgeben kann. Zum Rechtsbegriff des wichtigen Grundes gehört weiter die Prüfung und Abwägung, ob es demjenigen, der eine außerordentliche Kündigung erklärt hat, unzumutbar war, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Der Begriff des wichtigen Grundes ist nur dann richtig erkannt und angewendet, wenn sich die erforderliche Interessenabwägung auf alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles erstreckt und diese vollständig und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen worden sind (ständige Rechtsprechung BAG 2, 214, 215 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB; BAG 2, 207, 212 = AP Nr. 5 zu § 626 BGB, zu II der Gründe; BAG 9, 263, 265 = AP Nr. 42 zu § 626 BGB, zu III 2 der Gründe).



Selbst bei Anwendung dieses eingeschränkten Überprüfungsmaßstabes hält das angefochtene Urteil der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Die Revision rügt zu Recht, daß das Landesarbeitsgericht bei der Abwägung der Zumutbarkeit, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, allein auf den 30. Juni 1982 als fiktiven Zeitpunkt für eine ordentliche Kündigung abgestellt und daher bei der Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt hat.

a) Nach § 30 Abs. 3 LTV für die Arbeiter der Deutschen Bundesbahn ist im vorliegenden Fall eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen, um eine verstärkte Sicherheit und eine längere Erhaltung des Arbeitsplatzes zu gewährleisten. Die Anforderungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund müssen deshalb besonders schwerwiegend sein, weil eine langfristige Bindung auch aus wichtigem Grund nicht allzuleicht gelöst werden soll. Andererseits darf für den Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung nicht dadurch erschwert werden, daß die Dauer der tatsächlichen langen Vertragsbindung völlig außer Betracht bleibt. Dies würde einer umfassenden Interessenabwägung nicht gerecht werden.

Ist die ordentliche Kündigung - wie hier - tarifrechtlich ausgeschlossen, so ist im Rahmen der Interessenabwägung bei einer vom Arbeitgeber erklärten außerordentlichen Kündigung nicht auf die fiktive Frist für die ordentliche Kündigung, sondern auf die tatsächliche künftige Vertragsbindung abzustellen (BAG Urteil vom 2. April 1981 - 2 AZR 1025/78 - unveröffentlicht; Urteil des erkennenden Senats vom 22. August 1980 - 7 AZR 589/78 - unveröffentlicht; ebenso KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 626 BGB Rz 207; Rohlffing/Rewolle/Bader, KSchG, Stand Juli 1984, Anh.I § 626 BGB Anm. 2). Das Abstellen auf die voraussichtliche tatsächliche Dauer eines ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitsverhältnisses trägt dem Umstand Rechnung, daß die vom Gesetzgeber in § 626 Abs. 1 BGB für den Zumutbarkeitszeitraum als maßgeblich erklärte Kündigungsfrist wegen des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung nicht eingreift. Sofern ein Tarifvertrag in den Fällen der vorliegenden Art eine wirksame

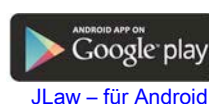
- 7 -

Höchstbefristung des Arbeitsverhältnisses (z.B. das 65. Lebensjahr) vorsieht, so ist bei der Zumutbarkeitsprüfung auf diesen Zeitpunkt abzustellen. Die Zugrundelegung einer fiktiven Kündigungsfrist hätte zur Folge, daß die anhand von tatsächlichen Umständen des Einzelfalles vorzunehmende Interessenabwägung auf einen Zeitraum erstreckt würde, der kündigungsschutzrechtlich - wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung - für den Arbeitgeber ohne Bedeutung ist. Eine andere Betrachtungsweise ist dagegen bei einer außerordentlichen Kündigung gegenüber einem nach § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmer gerechtfertigt. Bei dieser Arbeitnehmergruppe ist die ordentliche Kündigung im Hinblick auf ihre betriebsverfassungs- oder personalvertretungsrechtliche Stellung ausgeschlossen. Der besondere Kündigungsschutz nach § 15 KSchG kann nicht zu einer Erleichterung der außerordentlichen Kündigung führen, die dadurch eintreten könnte, daß bei der Zumutbarkeitsfrage nach § 626 Abs. 1 BGB nicht auf die ordentliche Kündigungsfrist, sondern auf die voraussichtliche Dauer des besonderen Kündigungsschutzes abgestellt würde. Deshalb ist hier bei der Zumutbarkeitsfrage die ohne den besonderen Kündigungsschutz gegebene ordentliche Kündigungsfrist zugrunde zu legen. Dies entspricht dem Benachteiligungsverbot des § 78 BetrVG (vgl. BAG, aaO, AP Nr. 57 zu § 626 BGB; vgl. auch KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 207). Da der Kläger nicht zu den durch § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmern gehört, ist im Streitfall bei der Zumutbarkeitsprüfung auf die voraussichtliche Dauer des ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitsverhältnisses abzustellen.

Der tarifliche Ausschluß der ordentlichen Kündigung und die hierdurch in der Regel bedingte langfristige Vertragsbindung stellen Umstände dar, die bei einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers im Rahmen der einzelfallbezogenen Interessenabwägung entweder zugunsten oder zuungunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind. Welche Betrachtungsweise im Einzelfall den Vorrang verdient, ist insbesondere unter Beachtung des Sinns und Zwecks des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen



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



Kündigung sowie unter Berücksichtigung der Art des Kündigungsgrundes zu entscheiden (vgl. BAG 5, 20, 24 = AP Nr. 16 zu § 626 BGB, zu IV der Gründe; BAG Urteil vom 15. Dezember 1955 - 2 AZR 239/54 - AP Nr. 6 zu § 626 BGB, zu III 5 der Gründe; unveröffentl. Urteil des erkennenden Senats vom 22. August 1980 - 7 AZR 589/78 -; KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 205 m.w.N.). Bei einmaligen Vorfällen ohne Wiederholungsgefahr wirkt sich die längere Vertragsbindung zugunsten des Arbeitnehmers aus. Bei Dauertatbeständen oder Vorfällen mit Wiederholungsgefahr kann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung u.U. eher unzumutbar sein als bei einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer.

b) Das Landesarbeitsgericht hat auf eine fiktive verhältnismäßig kurze Kündigungsfrist abgestellt und ist auf diese Weise von den oben zitierten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts abgewichen. Das angefochtene Urteil beruht auch auf dieser Abweichung, denn das Landesarbeitsgericht hat bei der Zumutbarkeitsprüfung unberücksichtigt gelassen, daß tariflich die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist und der Kläger daher nicht nur bis zum 30. Juni 1982, sondern wegen dieser Kündigungsschwernis bis zum 31. Mai 1999 weiter beschäftigt werden mußte. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Landesarbeitsgericht bei der Interessenabwägung zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es von dem rechtlich zutreffenden zeitlichen Maßstab ausgegangen und die Zumutbarkeit richtig beurteilt hätte.

2. Das Landesarbeitsgericht hat ferner rechtsfehlerhaft angenommen, es wäre der Beklagten mit Rücksicht auf die 24-jährige Dienstzeit des Klägers zuzumuten gewesen, dem Kläger Gelegenheit zu geben, sich zu entschuldigen und den Kläger notfalls auf einem anderen Platz, also nach einer Versetzung, weiter zu beschäftigen. Das Landesarbeitsgericht hat diese Rechtsansicht vertreten ohne zu prüfen, ob im konkreten Fall eine Versetzung möglich gewesen wäre, nämlich ob ein freier Arbeitsplatz überhaupt vorhanden gewesen ist. Es hat sich auf diese Weise in Widerspruch gesetzt mit der



Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 3. Februar 1977
- 2 AZR 476/75 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbe-
dingte Kündigung und dem in der Nichtzulassungsbeschwerde
zitierten Urteil BAG 30, 309 = AP Nr. 70 zu § 626 BGB.

Zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen
sich der Kläger auf die Beschäftigungsmöglichkeit auf einem
anderen, freien Arbeitsplatz berufen kann, wird auf das
zitierte Urteil BAG 30, 309 = AP Nr. 70 zu § 626 BGB ver-
wiesen.

3. Schon wegen der oben zu 1 und 2 aufgezeigten Rechts-
fehler des Landesarbeitsgerichts ist das angefochtene Ur-
teil aufzuheben.

III. Das Landesarbeitsgericht wird bei seiner erneuten Ver-
handlung und Entscheidung insbesondere auch folgendes zu
berücksichtigen haben:

1. Wie die Revision zu Recht gerügt hat, hat das Landes-
arbeitsgericht bei der Frage, ob objektiv Verdacht bestanden
hat, der Kläger habe Alkohol genossen, lediglich die Zeugen-
bekundungen gewürdigt, die Rötung der Augen könne auch von
Rauchluft herrühren, nicht aber den von der Beklagten behaup-
teten Alkoholgeruch berücksichtigt. Dieser Umstand hätte
bei der Beweisaufnahme mitberücksichtigt und gewürdigt werden
müssen.

2. Zu Recht dürfte die Beklagte auch gerügt haben, daß
im Rahmen der Beweismwürdigung für den Verdacht auf Alkohol-
genuß der Behauptung der Beklagten (Protokoll vom 17. Februar
1983) hätte nachgegangen werden müssen, der Kläger sei am
30. Januar 1982 bereits angetrunken zur Arbeit erschienen.
Darauf mag zwar die Kündigung nicht gestützt werden können,
aber diese Behauptung erscheint doch als Indiz geeignet für
den Verdacht, der Kläger sei am 30. Januar 1982 angetrunken
gewesen, und der Zeuge M habe sich nicht getäuscht,
als er den Alkoholtest verlangt hat.



3. Das Landesarbeitsgericht hat im angefochtenen Urteil auch unterlassen, den Vortrag der Beklagten aus ihrem Schriftsatz vom 23. März 1982, S. 4, zu berücksichtigen, der Kläger habe am 9. Februar 1981 seinen Nachtdienst versäumt, weil er sich in einer Gaststätte betrunken gehabt habe. Diese Dienstverfehlung kann auf Alkoholgenuß beruhen. Sie dürfte daher auch in Zusammenhang mit dem Vorfall vom 30. Januar 1982 stehen, der die Kündigung veranlaßt hat und ebenfalls auf Alkoholeinwirkung beruhen dürfte.

Im selben Schriftsatz hat die Beklagte vorgetragen, der Kläger habe sich am 17. September 1981 auf einen Tadel hin uneinsichtig gezeigt und auf unverschämte Weise sein Fehlverhalten zu überspielen versucht. Dieser Vorfall, ebenfalls Beleidigung eines Vorgesetzten, könnte den Vorfall vom 30. Januar 1982 als Wiederholung erscheinen lassen. Dies hätte insgesamt bei der Zumutbarkeitsüberprüfung und Interessenabwägung mitberücksichtigt werden müssen, gleich, ob man die Unterlassung des Landesarbeitsgerichts als eine Verletzung des § 286 ZPO auffaßt oder als Verletzung des § 626 BGB - Prüfung aller Umstände des Einzelfalles.

Roeper

Dr. Becker

Dr. Steckhan

Nehring

Jubelgas



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

