

---

**Datum:** 27.08.2007  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 6. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 Sa 751/07  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2007:0827.6SA751.07.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Bielefeld, 5 Ca 2655/06  
**Schlagworte:** Leistungsverweigerungsrecht wegen Kinderbetreuung  
**Normen:** § 275 Abs. 3 BGB

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers und unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgericht Bielefeld vom 20.03.2007

- 5 Ca 2655/06 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27.09.2006 nicht aufgelöst wurde.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung.

1

2

3

Von der Darstellung des Vorbringens der Parteien in der ersten Instanz wird nach § 69 Abs. 2 ArbGG unter Bezugnahme auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 49 - 52 d.A.) abgesehen.

Das Arbeitsgericht Bielefeld hat der Klage mit Urteil vom 20.03.2007 – 5 Ca 2655/06 – unter Abweisung im Übrigen nur im Hinblick auf die ordentliche Kündigung stattgegeben. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen (Bl. 52 - 57 d.A.). 4

Das Urteil ist dem Kläger am 02.04.2007 zugestellt worden. Hiergegen richtet sich die am 25.04.2007 eingelegte und mit dem am 30.05.2007 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung. 5

Der Kläger wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage gegen das erstinstanzliche Urteil, soweit das Arbeitsgericht gemeint hat, das Arbeitsverhältnis sei durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung beendet worden. Er trägt ergänzend vor: 6

Er habe zu keinem Zeitpunkt die Streichung des Urlaubs veranlasst. Die Aussage des Zeugen O1 hierzu sei nicht glaubhaft. Selbst im Falle eines eigenmächtigen Urlaubsantritts bestehe keine Wiederholungsgefahr. Zu einer Störung des Betriebsablaufs sei es nicht gekommen. Betriebliche Gründe hätten der Gewährung von Urlaub nicht entgegengestanden. Die Beklagte sei daher verpflichtet gewesen, Urlaub zu gewähren. Dies gelte erst Recht, weil ihm die Betreuung seines Kindes hätte ermöglicht werden müssen. 7

Der Kläger beantragt, 8

unter teilweiser Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 20.03.2007 – 5 Ca 2655/06 – festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis unverändert fortbesteht, insbesondere nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 27.09.2006 zum 31.12.2006 beendet wurde.

Die Beklagte beantragt, 10

die Berufung zurückzuweisen und das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 11

Der Kläger beantragt, 12

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 13

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage. Mit der Anschlussberufung wendet sie sich gegen das erstinstanzliche Urteil, soweit es der Klage stattgegeben hat. 14

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 15

**Entscheidungsgründe:** 16

Die Berufung ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), wegen des Streitgegenstands zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. c ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO 17

i.V.m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und auch ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 iVm. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) begründet worden. Auch die Anschlussberufung ist an sich statthaft (§ 524 Abs. 1 Satz 1 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG), in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 524 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2 Satz 2 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist und auch ordnungsgemäß begründet worden (§ 524 Abs. 3 iVm. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG). Die Berufung hat in der Sache Erfolg, während die Anschlussberufung ohne Erfolg bleibt.

I. Die Klage ist zulässig.

18

1. Bei dem erstinstanzlich zur Entscheidung gestellten und mit dem Berufungsantrag weiterverfolgten Antrag handelt es sich um einen solchen nach § 4 Satz 1 KSchG, dessen Zulässigkeit schon wegen § 7 KSchG gegeben ist.

19

2. So weit in dem Berufungsantrag von dem unveränderten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses die Rede ist, liegt darin keine Klageerweiterung. Streitgegenstand einer Fortbestandsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO ist zwar im Allgemeinen die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis über einen vom Gegner behaupteten Beendigungstermin hinaus bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz fortbesteht. Bei der Bestimmung des Streitgegenstands einer solchen Klage kommt es allerdings auch auf den gestellten Antrag und/oder darauf an, was der Kläger erkennbar gewollt hat (BAG 16.08.1990, 2 AZR 113/90; BAG 16.03.1994, 2 AZR 484/93). Im Streitfall hat der Kläger sich ausschließlich gegen die streitbefangene außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung gewandt. Nach der Berufungsbegründung sollte die Klage weiterverfolgt werden. Durch die Umformulierung des Klageantrags sollte keine Klageerweiterung bewirkt werden. Damit liegt neben der Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG keine Fortbestandsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO vor.

20

II. Die Klage ist im vollen Umfang begründet.

21

Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde durch die Kündigung vom 27.09.2006 weder zum 30.09.2006 noch zum 31.12.2006 rechtswirksam aufgelöst.

22

1. Die Kündigung gilt nicht nach § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Die Bestandsklage ist rechtzeitig nach § 4 KSchG erhoben worden.

23

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet das KSchG Anwendung. Das Arbeitsverhältnis bestand nach § 1 Abs. 1 KSchG im Zeitpunkt des Zugangs der streitbefangenen Kündigung länger als sechs Monate; und die Mindestzahl der in der Regel Beschäftigten genügt den Anforderungen nach § 23 Abs. 1 KSchG.

24

2. Die Kündigung ist nach § 1 Abs. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt. Sie ist nicht nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch verhaltensbedingte Gründe bedingt. Da es schon an der sozialen Rechtfertigung für die Kündigung fehlt, liegt erst Recht kein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung vor.

25

2.1. Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht - schuldhaft - verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenswert und angemessen erscheint (BAG 22. Juli 1982 - 2 AZR 30/81; BAG 05. November 1992 - 2 AZR

26

287/92; BAG 17. Juli 2002 - 2 AZR 62/02; BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 63/03) . Dabei spielt vor allem die Qualität der Vertragsverletzung eine erhebliche Rolle (BAG 12. Januar 2006 - 2 AZR 21/05).

2.2. Im Streitfall verletzte der Kläger nicht schuldhaft eine Vertragspflicht. Zwar stellt eine eigenmächtige Urlaubsverlängerung regelmäßig einen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar (BAG 22.01.1998 - 2 ABR 19/97; BAG 20.01.1994 - 2 AZR 521/93). Es liegt sogar eine beharrliche Arbeitsverweigerung vor, wenn der Arbeitnehmer trotz der Ablehnung seines weitergehenden Urlaubsantrags sich einfach selbst beurlaubt und damit beharrlich seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt. Im Streitfall bestand aber nach § 275 Abs. 3 BGB in der Zeit vom 18.09.2007 bis zum Zeitpunkt des Zugangs der streitbefangenen Kündigung keine Arbeitspflicht für den Kläger. 27

2.2.1. Die Kammer legt dabei dieser Entscheidung durchaus nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die vom Arbeitsgericht sorgfältig durch Beweisaufnahme festgestellten Tatsachen zu Grunde. Von dem Kläger sind keine ausreichenden Anhaltspunkte vorgetragen worden, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Damit steht fest, dass der Kläger in der Zeit ab dem 18.09.2006 keinen Urlaub hatte. 28

2.2.2. Der Kläger konnte aber, wie geschehen, in dem Zeitraum vom 18.09.2006 bis zum Zugang der streitbefangenen Kündigung die Erfüllung der Arbeitspflicht nach § 275 Abs. 3 BGB verweigern. 29

Nach § 275 Abs. 3 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. 30

2.2.2.1. Der Kläger hatte nach § 613 BGB die Arbeitsleistung in Person zu leisten. 31

2.2.2.2. Bei dem Kläger lag für den genannten Zeitraum ein "entgegenstehendes Hindernis" iSv. § 275 Abs. 3 BGB vor. 32

Die Erforderlichkeit der Betreuung von Kindern kann als "entgegenstehendes Hindernis" zur vorübergehenden Leistungsverweigerung nach § 275 Abs. 3 BGB berechtigen (Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2.A., Rn. 112). So liegt der Fall hier. Der Kläger hatte im genannten Zeitraum zwei Kinder im Alter von 11 Monaten bzw. 5 Jahren zu betreuen, um die sich sonst seine Ehefrau kümmerte. Diese war jedoch hochschwanger. Die Schwangerschaft war mit Komplikationen verbunden. Der vorgesehene Geburtstermin für das dritte Kind war der 10.09.2006. Tatsächlich zögerte sich die Geburt bis zum 28.09.2006 hinaus. Die Ehefrau des Klägers wurde zeitweilig stationär im K6 betreut. Diese Situation indiziert die Notwendigkeit der Kinderbetreuung durch den Kläger. Der Kläger muss sich in einer solchen Situation nicht auf eine Fremdbetreuung verweisen lassen. Er muss auch nicht die Unmöglichkeit einer Fremdbetreuung darlegen. Vielmehr liegt bis zu einem angemessenen Zeitraum nach der Geburt, der zur Herstellung der familiären Normalität erforderlich ist, ein "entgegenstehendes Hindernis" im Sinne von § 275 Abs. 3 BGB in der persönlichen Sphäre des Klägers vor. 33

Die Beklagte hat sich mit Nichtwissen zu der persönlichen Situation des Klägers erklärt. Damit hat sie ihrer Darlegungslast nicht genügt. Die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die als Kündigungsgrund geeignet sein können, trägt regelmäßig der Kündigende. 34

Er muss die Voraussetzungen für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung in vollem Umfang darlegen und beweisen. Daher trifft ihn auch die Darlegungs- und Beweislast für alle Umstände, die den Vorwurf begründen, der Gekündigte habe vertragswidrig gehandelt. Da das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes zu den die Kündigung begründenden Tatsachen gehört, muss der Kündigende somit auch ggfs. die Tatsachen beweisen, die einen Rechtfertigungsgrund für das Verhalten des Gekündigten ausschließen (BAG, Urteil vom 12.08.1976, DB 1976, 2357; BAG, Urteil vom 24.11.1983, DB 1984, 884). Daher trifft den Kündigenden bei außerordentlichen Kündigungen nach § 626 BGB wie auch bei ordentlichen Kündigungen nach § 1 Abs. 2 KSchG die Darlegungs- und Beweislast auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen. Entsprechendes muss für die Widerlegung des Vortrags zu einem "entgegenstehenden Hindernis" im Sinne von § 275 Abs. 3 BGB gelten. Der Umfang der dem Arbeitgeber obliegenden Darlegungslast ist allerdings davon abhängig, wie sich der Arbeitnehmer auf einen bestimmten Vortrag einlässt. Der Arbeitgeber braucht bei einer Arbeitsversäumnis, die er zum Anlass einer Kündigung nimmt, im Rechtsstreit über die Kündigung nicht von vornherein alle denkbaren Rechtfertigungsgründe zu widerlegen. Der Arbeitnehmer ist vielmehr gehalten, den Vorwurf, unberechtigt gefehlt zu haben, unter genauer Angabe der Gründe, die ihn an der Arbeitsleistung gehindert haben, zu bestreiten (BAG 24. November 1983 - 2 AZR 327/82; BAG 18. Oktober 1990 - 2 AZR 204/90).

Der Kläger hat gegenüber dem Vorgesetzten O1 mündlich, im vorliegenden Rechtsstreit 35  
schriftsätzlich und im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.07.2007 das  
entgegenstehende Hindernis geschildert, ohne dies rechtstechnisch einzuordnen. Dem ist die  
Beklagte nur mit der Erklärung mit Nichtwissen entgegengetreten, was nicht ausreicht.

2.2.2.3. Die Arbeitsleistung war dem Kläger im genannten Zeitraum auch unter Abwägung 36  
des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse der  
Beklagten nicht zumutbar.

Ein die Interessen des Klägers an der vorübergehenden Nichterbringung der Arbeitsleistung 37  
überwiegendes Leistungsinteresse der Beklagten ist von dieser nicht vorgetragen worden.  
Beim Vorliegen eines "entgegenstehenden Hindernisses" im Sinne von § 275 Abs. 3 BGB  
muss von dem Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung erwartet werden, dass er  
gegenüber diesem Hindernis entsprechend § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG dringende betriebliche  
Belange anführt. Trotz ausdrücklichen Bestreitens durch den Kläger in beiden Instanzen hat  
die Beklagte ihren Vortrag zu den einer Urlaubsgewährung entgegenstehenden betrieblichen  
Belangen nicht substantiiert. Auffallend ist auch, dass die Beklagte im unmittelbaren  
Anschluss an die Bitte um Urlaub eine vorübergehende Freistellung gewähren konnte, diese  
aber nicht auf den an sich besser planbaren, weil etwas entfernter liegenden Zeitraum  
erstrecken wollte. In die Interessenabwägung ist auch einzustellen, dass der Kläger nach § 7  
Abs. 1 Satz 1 BUrlG einen Anspruch auf Urlaub nach seinen Wünschen hatte. Nach dem  
einschlägigen Manteltarifvertrag muss zudem bei Teilung des Urlaubs ein Urlaubsteil auf  
Verlangen des Arbeitnehmers mindestens drei Wochen betragen. Dem genügt die  
Urlaubsgewährung nicht. Hinzu kommt schließlich, dass die Beklagte ohne Durchführung des  
Mitbestimmungsverfahrens nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG iVm. § 87 Abs. 2 BetrVG zur  
einseitigen Ablehnung einer weitergehenden Urlaubsgewährung nicht befugt war. Gerade im  
vorliegenden Fall wäre ausweislich der einfühlsamen Stellungnahme des Betriebsrats vom  
25.09.2006 zur beabsichtigten Kündigung zu erwarten gewesen, dass die Betriebsparteien zu  
einer allen Seiten angemessenen Lösung gekommen wären.

2.2.2.4. Der Kläger hat die Einrede nach § 275 Abs. 3 BGB – nach dem Vortrag der Beklagten - ausreichend gegenüber der Beklagten geltend gemacht. Insoweit genügte es, dass der Kläger unter Berufung auf seine familiäre Notlage eine Freistellung beantragte und trotz Verweigerung einer weitergehenden Freistellung unter Hinweis auf seine persönliche Situation, zudem erneut nach telefonischer Rüge, vorübergehend seine Arbeitsleistung verweigerte.

2.3. Selbst wenn das Vorliegen eines "entgegenstehenden Hindernisses" im Sinne von § 275 Abs. 3 BGB verneint würde, wäre bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung bzw. des wichtigen Grundes aufgrund der gebotenen Interessenabwägung von einem ausnahmsweise gegebenen Überwiegen des Interesses des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Interesse der Beklagten an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszugehen. 39

2.3.1. Nimmt man bei einer eigenmächtigen Urlaubsverlängerung durch den Arbeitnehmer in jedem Fall eine Pflichtverletzung an, so ist es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei einer allseitigen Interessenabwägung vertretbar zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber dem Urlaubsverlangen des Arbeitnehmers hätte entsprechen müssen. Ein Selbstbeurlaubungsrecht des Arbeitnehmers wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in Teilen der Literatur vor allem für die Fälle diskutiert, in denen der Arbeitgeber zu Unrecht den Urlaubswünschen des Arbeitnehmers nicht entsprochen hat, weil die von ihm geltend gemachten Leistungsverweigerungsrechte nicht bestanden haben. Lehnt man auch in diesen Fällen ein Selbstbeurlaubungsrecht ab, so ist eine solche unberechtigte Urlaubsverweigerung durch den Arbeitgeber aber im Fall einer Kündigung wegen eigenmächtigen Urlaubsantritts jedenfalls bei der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers mitzuberücksichtigen (BAG 20.01.1994 - 2 AZR 521/93). 40

2.3.2. Nach dieser Maßgabe sind die gleichen Überlegungen anzustellen, wie sie soeben im Hinblick auf das Leistungsinteresse der Beklagten angestellt worden sind. Diese Überlegungen führen ausnahmsweise und nur im Einzelfall zum Überwiegen des Interesses des Klägers an dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Aufgrund der ausführlichen Erörterung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.07.2007 verkennt die Kammer nicht, dass sich dem Kläger der Ausnahmecharakter einer zulässigen eigenmächtigen Arbeitsverweigerung womöglich nicht voll erschlossen hat. Dies vermag jedoch an der getroffenen Interessenabwägung letztendlich nichts zu ändern. 41

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs.1 S.1 ZPO iVm. § 97 ZPO. 42

IV. Gründe, die Revision nach § 72 Abs.2 ArbGG zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht ist der aufgezeigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt. Eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor. 43

|         |         |       |
|---------|---------|-------|
| Ziemann | Möllers | Vogel |
|---------|---------|-------|

 44

/Hei. 45

---

