

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 3 Sa 518/06**

5 Ca 522 d/06 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 26.09.2007

gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 26.09.2007 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 31.08.2006 – 5 Ca 522 d/06 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

-----

### Tatbestand :

Der Arbeitgeber begehrt vorliegend die bedingte Auflösung eines Arbeitsverhältnisses nach niederländischem Recht für den Fall der Unwirksamkeit seiner vorausgegangenen fristlosen Kündigung.

Die Klägerin betreibt eine Luftfahrtgesellschaft. Sie vermietet u.a. Flugzeuge mit oder ohne Cockpit- und/oder Kabinenbesatzung. Ihr Sitz ist in den Niederlanden.

Der Beklagte ist am ....1957 geboren und trat am 08.07.1999 zur Beklagten in ein Arbeitsverhältnis als Flugkapitän des Typs Fokker 50 ein. Die Parteien schlossen einen schriftlichen Arbeitsvertrag (Anlage K1, Bl. 18 – 21 d.A.). Danach war der Beklagte verpflichtet, jeweils 10 Tage seine Arbeitsleistung als Flugkapitän zu erbringen. Anschließend hatte er 5 Tage arbeitsfrei. Die Vergütung des Beklagten belief sich zuletzt auf durchschnittlich auf 6.243,-- EUR brutto zuzüglich 8 % Urlaubsabgeltung und 5 % Rentenversicherung. Das Arbeitsverhältnis richtet sich gemäß Artikel 6 des Arbeitsvertrages nach niederländischem Recht. Artikel 3 des Arbeitsvertrages regelt die Urlaubsansprüche. Artikel 3 § 3 lautet wie folgt:

#### „Paragraf 3

Der Arbeitgeber legt nach Rücksprache mit dem Arbeitnehmer fest, wann der Urlaub zu nehmen ist. Falls diese Rücksprache nicht zu einer Einigung führt, legt der Arbeitgeber fest, wann der Urlaub zu nehmen ist und berücksichtigt dabei die Bestimmungen des Artikels 7:638 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der Arbeitgeber behält sich das Recht vor, bestimmte Tage als verpflichtende Urlaubstage zu kennzeichnen.“ (Anlage K 14 – Bl. 294 d.A.).

Der Beklagte unterhält in N... – seinem Heimatland – nebenberuflich einen Familienbetrieb (Bl. 191 d.A.). Er unternahm insoweit umfangreiche eigenwirtschaftliche Aktivitäten und hatte u.a. ein Bauprojekt zu betreuen, für das es letztendlich im Herbst 2005 Finanzierungsschwierigkeiten gab.

Um mehr Zeit für seine eigenwirtschaftlichen Aktivitäten zu haben, stellte der Beklagte am 19.04.2005 einen Antrag auf Arbeitszeitreduzierung nach dem niederländischen Wet Aanpassing Arbeidsduuv (WAA) um 50 % mit Wirkung ab 01.05.2005,

spätestens mit Wirkung ab 01.08.2005. Er beehrte eine Arbeitszeitregelung, wonach er 10 Arbeitstage arbeiten und anschließend 20 Arbeitstage frei haben wollte. Gemäß Artikel 2 Abs. 3 WAA ist ein Arbeitszeitverkürzungsantrag jedoch vier Monate vor beabsichtigter Arbeitsverkürzung zu stellen.

Nach Eingang dieses Antrages kam es zu diversen Telefonaten zwischen den Parteien. Mit Datum vom 02.05.2005 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, eine Arbeitszeitreduzierung käme allenfalls ab 01.09.2005 in Betracht, jedoch nur befristet für ein Jahr und mit einer Arbeitsleistung von 75 %. Es schlossen sich diverse Gespräche an. Zuletzt wurde dem Beklagten am 25.08.2005 eine Arbeitszeitreduzierung um 50 % ab 01.01.2006 angeboten. Außergerichtlich kam es jedoch zu keiner Einigung.

Unabhängig hiervon stellte der Beklagte mit Datum vom 05.09.2005 einen Urlaubsantrag für den Zeitraum 29.09. bis 21.10.2005 (Anlage B 11- Bl. 141 d.A.). Die Klägerin wies ihn mit E-Mail vom 06.09.2005 darauf hin, dass ein solcher Antrag formal über „crewlink“ zu stellen sei. Der Zeitraum bis 09.10.2005 sei jedoch bereits dienstplanmäßig verplant und veröffentlicht. Es müsse im Übrigen bei Urlaubsanträgen eine planerische Vorlaufzeit von 28 Tagen eingehalten werden. Der Beklagte möge einen neuen Antrag stellen. Der Beklagte hatte bis zu diesem Zeitpunkt bereits 29 Urlaubstage im Jahr 2005 erhalten. Es kam zu einer umfangreichen E-Mail-Korrespondenz darüber, wie und wann für welchen noch möglichen Zeitraum für wie viele noch zur Verfügung stehende Urlaubstage vom Beklagten Urlaub beantragt werden könne (Bl. 155, 156, 177, 178 d.A.). Nachdem sich die Parteien insoweit über das erforderliche Vorgehen und die Anzahl der noch zur Verfügung stehenden Urlaubstage verständigt hatten, beantragte der Beklagte letztendlich ohne Protest gegen den von Klägerseite vorgegebenen Planungsweg und verfügbaren Planungszeitraum für seine restlichen 23 Urlaubstage Urlaub für den Zeitraum 11.12.2005 bis 02.01.2006 (Bl. 177 d.A.). Dieser Urlaub wurde ihm auch bewilligt.

Parallel hierzu leitete der Beklagte beim Kantongericht E... ein Eilverfahren zur Klärung seines Wunsches auf Arbeitszeitreduzierung ein. Am 28.09.2005 fand die mündliche Verhandlung statt. Termin zur Verkündung einer Entscheidung wurde anberaumt auf Dienstag, den 11.10.2005. Das Kantongericht E... verurteilte die Kläge-

rin am 11.10.2005 dazu, einer Arbeitsverkürzung auf 50 % mit einem Arbeitsrhythmus von 10 Arbeitstagen im Wechsel zu 20 sich anschließenden freien Tagen zuzustimmen, jedoch erst beginnend mit Wirkung ab 01.12.2005.

3 Tage später, am Freitag, den 14.10.2005, begehrte der Beklagte über seinen Rechtsanwalt die kurzfristige Bewilligung von Urlaub für den Zeitraum Dienstag, 18.10.2005 bis 25.10.2005 (Bl. 41 – 43 d.A.). Als Begründung wurde angeführt:

„Sie waren, angesichts des WAA-Verlangens des Mandanten vom 19. April diesen Jahres bereits auf der Höhe von der Tatsache, dass der Mandant im Zeitraum September bis Dezember 2005 Zeit benötigte für private Angelegenheiten. Allerdings ergeben sich jetzt sehr dringende und unvorhersehbare Umstände, die dazu führen, dass der Mandant sofort etwas unternehmen muss. Der Mandant ist daher auch nicht in der Lage, am kommenden Dienstag, entsprechend seinem Dienstplan, seine Arbeit zu erbringen. Ich ersuche Sie deshalb, hiervon Kenntnis zu nehmen, so dass für einen Ersatz gesorgt werden kann. Zugleich ersuche ich Sie, dem Mandanten zuzugestehen, ab kommenden Dienstag drei Wochen Urlaub zu nehmen, so dass er in der Lage ist, seine dringenden Probleme zu lösen. ...“ (Bl. 42 d.A.).

Ausweislich vorliegender Dienstpläne war der Beklagte für den Zeitraum 18.10.2005 bis 25.10.2005 für diverse Flugeinsätze in Spanien fest eingeteilt (Bl. 5 – 7 d.A.). Mit Schreiben vom Montag, den 17.10.2005, wies die Klägerin darauf hin, dass dem Urlaubsantrag vom 14.10.2005 keine Umstände entnommen werden könnten, wegen derer das Interesse von ...Air hinter dem Interesse des Beklagten zurücktreten müsse. Falls die Beklagtenseite anderer Auffassung sei, werde gebeten, ... Air hierüber fundiert zu informieren. Das Urlaubsbegehren ab 18.10.2005 lehnte sie unter Androhung einer fristlosen Kündigung ab (Anlage K 6 – Bl. 44 – 47 d.A.). Der Beklagtenvertreter erbat mit am 18.10.2005 eingegangenem Schreiben notfalls unbezahlten Urlaub ab 18.10.2005. Das lehnte die Klägerin mit Schreiben vom 19.10.2005 ab. Sie wies darauf hin, dass Anfang September 2005 der Urlaub des Beklagten einvernehmlich auf den Zeitraum 11.12. bis 02.01. festgelegt wurde und keine weiteren Urlaubstage mehr zur Verfügung stünden, da der Beklagte bereits 29 Urlaubstage bis Anfang September 2005 erhalten hatte. Die Klägerin erläuterte weiter ihre knappe Personalsituation und wies darauf hin, dass dieser bereits durch den Kantonrichter mit Urteil vom 11.10.2005 dahingehend Rechnung getragen wurde, dass die Verringerung der Arbeitszeit erst ab 01.12.2005 beginnen musste, um ...Air die Gelegenheit zu geben, die laufenden Dienstpläne anzupassen. Gleichzeitig kündigte die Klä-

gerin den Ausspruch einer fristlosen Kündigung an (Anlage K 7 – Bl. 51 – 53 d.A.). Es kam noch zu Telefonaten zwischen der Klägerin und dem Rechtsanwalt des Beklagten. Der Beklagte war für seinen Rechtsanwalt nicht erreichbar. Mit Schreiben vom 20.10.2005 forderte die Klägerin den Beklagten letztmalig unter Androhung einer fristlosen Kündigung auf, am Freitag, den 21.10.2005, seine Arbeit aufzunehmen (Anlage K 8 – Bl. 56 d.A.). Der Beklagte blieb bis zum in N..., letztendlich bis zum 5.11.2005. Die Klägerin sprach daraufhin am 21.10.2005 die außerordentliche Kündigung aus.

Mit Datum vom 24.10.2005 machte der Beklagte die Aufhebung der Kündigung geltend und bot seine Arbeitskraft an. Mit Urteil vom 29.11.2005 wurde die Klägerin vom Kantongericht E... im Wege einer vorläufigen Regelung zur Gehaltszahlung ab 05.11.2005 verurteilt. Die fristlose Kündigung hielt es für möglicherweise unbegründet (Anlage K 3 – Bl. 33 – 37 d.A.). Daraufhin machte die Klägerin beim Kantongericht E... nach niederländischem Recht mit Datum vom 09.12.2005 einen Antrag auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses rechtshängig. Diese Klage hat das Kantongericht E... mit Urteil vom 30.01.2006 wegen fehlender Zuständigkeit der niederländischen Gerichtsbarkeit (der Beklagte wohnt in Deutschland) abgewiesen. Sodann erhob die Klägerin am 20.03.2006 beim Arbeitsgericht Elmshorn Klage mit dem Begehren, das Arbeitsverhältnis vorsorglich für den Fall der gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 21.10.2005 durch niederländische Gerichte mit sofortiger Wirkung, ggf. zum frühest möglichen Termin aufzulösen. Mit Urteil vom 31.08.2006 hat das Arbeitsgericht diesem vorsorglichen Auflösungsantrag stattgegeben und das Arbeitsverhältnis - vorsorglich für den Fall der gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 21.10.2005 durch niederländische Gerichte - zum 30.09.2006 ohne Ausurteilung einer Entschädigung aufgelöst. Das geschah im wesentlichen mit der Begründung, der Beklagte habe sich rechtswidrig gegen den ausdrücklich erklärten Willen der Klägerin eigenmächtig erlaubt, um seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen nachzugehen. Insoweit handele es sich um eine schwerwiegende Vertragspflichtverletzung, so dass eine Entschädigung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht zugesprochen werden könne.

Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn, Kammer Meldorf, vom 31.08.2006 – 5 Ca 522 d/06 – Bezug genommen.

Gegen diese dem Beklagten am 30.10.2006 zugestellte Entscheidung legte er am 27.11.2007 Berufung ein, die nach Fristverlängerung innerhalb der gesetzten Frist begründet wurde.

Der Beklagte trägt vor, die Klägerin habe seinen Urlaubswünschen stattgeben müssen, da er vom 18.10.2005 bis Anfang November 2005 in N... wichtige, unaufschiebbare private wirtschaftliche Angelegenheiten habe abwickeln müssen. Die Kredite des zu betreuenden Bauprojektes seien eklatant gefährdet gewesen. Die Banken hätten eine ultimative Frist zur Klärung gegeben. Nur er habe die Verhandlungen führen können. Die Klägerin habe von dieser Situation gewusst und sei insoweit verpflichtet gewesen, ihm den Urlaub zu gewähren und für Ersatzpersonal zu sorgen. Letzteres sei ihr möglich gewesen, zumal sie auch für etwaige Krankheitsfälle für Ersatz sorgen müsse. Er habe auch noch hinreichend Urlaubstage gehabt. Die Klägerin sei bereits seit der Formulierung seines Arbeitszeitreduzierungsantrages vom April 2005 nicht bereit gewesen, ihre Dienstpläne seinen Arbeitszeitwünschen anzupassen. Das sei auch bei der Urlaubsablehnung zum Ausdruck gekommen. Der Urlaub sei aus unangemessenen Gründen abgelehnt worden, so dass die Kündigung und das Auflösungsbegehren unwirksam sei. Jedenfalls könne das Arbeitsverhältnis nur gegen Zahlung einer Auflösungsentschädigung beendet werden, da die Klägerin seinen Antrag auf Arbeitszeitverringerung sowie auch später seinen Urlaubsantrag leichtfertig abgelehnt habe.

Der Beklagte beantragt,

1. die Klage abzuweisen,

hilfsweise, für den Fall, dass das Gericht zu der Auffassung kommt, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden muss, und zwar aufgrund einer Veränderung der Umstände unter Einhaltung einer fiktiven Kündigungsfrist von zumindest einem Monat,

2. die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten eine Entschädigung

in Höhe von 141.591,24 EUR, zumindest aber in Höhe eines durch das Gericht festzulegenden angemessenen Betrages, zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Berufungsklägers auf seine Kosten zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher, als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Sie trägt vor, das Arbeitsverhältnis sei aus Billigkeitsgründen für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung aufzuheben. Der Beklagte habe mit seiner Eigenbeurlaubung die Entscheidung des Kantongerichtes zur Arbeitszeitreduzierung ab 01.12.2005 aushebeln wollen und ausgehebelt. Die eigenmächtige Beurteilung stelle einen eklatanten Vertrauensbruch dar, so dass ihr eine weitere Zusammenarbeit mit dem Beklagten nicht mehr zuzumuten sei. Dieser habe erst nach Ausspruch der Kündigung in der späteren Gerichtsverhandlung über die vorläufige Gehaltsweiterzahlung seine eigenwirtschaftlichen Belange in N. näher erläutert und offen gelegt. Zum Zeitpunkt des Urlaubsantrages seien schon sämtliche Urlaubsansprüche des Beklagten erfüllt bzw. fest verplant und bewilligt gewesen. Der Urlaubsantrag vom 14.10.2005 sei zudem derart kurzfristig gestellt worden, dass sie dem Beklagten nicht mehr habe frei geben können. Personalreserven könne sie nur für unabwendbare Ausfälle vorhalten. Im Übrigen sei sie auf längerfristige Planung angewiesen, da sie ihre Personaleinsatzpläne sowohl mit den vorliegenden und möglicherweise anstehenden Aufträgen/Chartern als auch mit den Flugplänen der verschiedenen Flugplätze abzustimmen habe. Sie habe infolge der eigenmächtigen Beurlaubung des Beklagten mangels Vorhandenseins anderen Personals einen stand-by-Piloten von einem anderen Flugzeug abziehen müssen – das ist unstrittig – und sei hierdurch gegenüber der „Air ...“ vertragsbrüchig geworden, da insoweit kein Ersatzflugzeugführer mehr habe vorrätig gehalten werden können. Der Beklagte habe seine eigenen wirtschaftlichen und kommerziellen Belange eigenmächtig über diejenigen von ... Air gestellt. Hierzu sei er jedoch nicht befugt, denn die Nebentätig-

keit sei nur erlaubt worden, soweit dies zu keiner Einschränkung der arbeitsvertraglich geschuldeten Haupttätigkeit führe.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Zwischenzeitlich ist über die Klage des Beklagten gegen die fristlose Kündigung vom 21.10.2005 von den niederländischen Gerichten erstinstanzlich entschieden worden. Das Kantongericht E... hat mit Urteil vom 26.04.2007 – Az.: 482792, Urkundenummer 06-10515 - festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 21.10.2005 rechtswirksam durch die fristlose Kündigung beendet wurde (Bl. 398 – 408 d.A.). Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Rechtsmittel eingelegt. Hierüber ist in den Niederlanden noch nicht entschieden worden.

### **Entscheidungsgründe:**

#### **I.**

Die Berufung ist zulässig.

1. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichte bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten ergibt sich aus Artikel 18 Abs. 1, Artikel 20 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000 (EuGVO). Gemäß Artikel 18 Abs. 1 EuGVO bestimmt sich die Zuständigkeit der Gerichte nach Abschnitt 5 der EuGVO, soweit ein individueller Arbeitsvertrag oder ein Anspruch aus einem individuellen Arbeitsvertrag Gegenstand des Verfahrens ist.

Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz in den N... und einem Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Deutschland. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Arbeitsvertrages bzw. die Beendigung des Arbeitsvertrages und das Vorliegen eines Beendi-

gungsgrundes. Die Klage ist eingereicht vom Arbeitgeber. Sie ist gerichtet gegen den Arbeitnehmer.

Gemäß Artikel 20 Abs. 1 EuGVO kann eine Klage des Arbeitgebers nur vor den Gerichten des Mitgliedsstaates erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat. Das sind vorliegend die Arbeitsgerichte in Deutschland. Der Beklagte hat seinen Wohnsitz in A... .

Der Wohnsitz des Beklagten in A... fällt in den örtlichen Zuständigkeitsbereich des Arbeitsgerichts Elmshorn. Berufungsgericht ist das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein.

**2.** Der Rechtsstreit richtet sich nach niederländischem Recht. Die Klägerin hat ihren Betriebssitz in den N.... Die Arbeitsvertragsparteien haben in Artikel 6 des Arbeitsvertrages vom 08.07.1999 vereinbart, dass für ihren Vertrag niederländisches Recht gilt. Das ist zulässig. Gem. Art. 27 EGBGB können die Arbeitsvertragsparteien in den Grenzen von Art. 30 EGBGB das Arbeitsvertragsstatut frei wählen. Diese Grenzen sind eingehalten. Unabhängig von dieser Vereinbarung wäre auch niederländisches materielles Recht deshalb anwendbar, weil die Klägerin ihre Niederlassung in den Niederlanden hat und der Beklagte nicht gewöhnlich in ein und demselben Staat verrichtet hat.

**3.** Da das Verfahren vor einem deutschen Gericht betrieben wird, richtet es sich verfahrensrechtlich nach deutschem Prozessrecht. Das hat zur Folge, dass Artikel 7:685 Absatz 11 Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch der Niederlande – im folgenden: BW) als prozessuale Regelung nicht anwendbar ist. Danach ist gegen den Auflösungsbeschluss des Kantonrichters – anders als gegen ein Urteil über die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung – weder Berufung noch Revision zulässig (Anlage K 15 – Bl. 300 d.A.). Nach deutschem Verfahrensrecht kann jedoch gegen Urteile der Arbeitsgerichte gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG beim Landesarbeitsgericht Berufung eingelegt werden, soweit der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,-- EUR übersteigt. Letzteres ist vorliegend zweifelsfrei der Fall, so dass die Berufung

zum Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein nach deutschem Prozessrecht zulässig ist.

4. Die Berufung ist auch im Übrigen zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet worden.

5. Das Rechtsschutzbedürfnis/Feststellungsinteresse der Klägerin für ihren Antrag liegt vor. Das Kantongericht E... hat sich mit Urteil vom 30.01.2006 für unzuständig erklärt, nachdem der Beklagte nicht mit einer Zuständigkeitsvereinbarung einverstanden war. Nach niederländischem Recht kann der Arbeitgeber sich gemäß Artikel 7:685 Abs. 1 BW an die Gerichte mit dem Antrag wenden, den Arbeitsvertrag wegen schwerwiegender Gründe aufzulösen. Um einen solchen Antrag handelt es sich vorliegend.

Die Klägerin hat ein bedingtes Auflösungs-gesuch gestellt, für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung. Das ist nach der Rechtsprechung der niederländischen Gerichte zulässig. Ein bedingter Antrag ist durch Artikel 7:685 BW gedeckt. Insoweit wird auf die Entscheidung des Hoge Raad vom 21.10.1983, Antragsnummer 6369 verwiesen (Anlage zur Klageschrift – Bl. 92 ff d.A.).

## II.

Die Berufung ist jedoch erfolglos. Im Ergebnis zu Recht hat das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis vorsorglich, für den Fall der gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 21.10.2005 durch niederländische Gerichte, ohne Zuspruch einer Aufhebungsentschädigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat mit Wirkung zum 30.09.2006 aufgelöst. Dem folgt das Berufungsgericht. Im Einzelnen:

1. Gemäß Artikel 7:628 Abs. 1 Satz 1 BW ist jede Partei jederzeit befugt, sich an den Kantonrichter zu wenden mit dem Antrag, den Arbeitsvertrag wegen schwerwiegender Gründe aufzulösen. Als schwerwiegende Gründe werden gemäß Artikel 7:685

Abs. 2 BW Umstände angesehen, die einen dringenden Grund geliefert hätten, im Sinne des Artikel 677 Abs. 1 BW den Arbeitsvertrag unverzüglich zu beenden. Eine solche fristlose Kündigung ist die schwerwiegendste Sanktion eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers. Sie ist daher auch nur dann gerechtfertigt, wenn die Zusammenarbeit sofort und augenblicklich beendet werden muss und andere Maßnahmen (Abmahnung, befristete Freistellung) dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden können. Nur schwerwiegendes Fehlverhalten kann zur fristlosen Kündigung führen (Tillmann: Personalrecht in Europa, 2004, B: Personalrecht in den Niederlanden, 332, 343; Henssler, Braun, Arbeitsrecht in Europa, 2. Aufl. 2007, - Niederlande - Rdzf. 151 f, m.w.N.).

**2.** Auslöser für die fristlose Kündigung der Klägerin vom 21.10.2005 war die Selbstbeurlaubung des Beklagten für den Zeitraum ab 18.10.2005, obwohl die Klägerin den kurzfristigen Urlaubsantrag des Beklagten vom 14.10.2005 ausdrücklich und wiederholt sowie unter Angabe von Gründen abgelehnt hat.

In Artikel 3 § 3 des Arbeitsvertrages vom 08.07.1999 haben die Parteien vereinbart, dass der Arbeitgeber nach Rücksprache mit dem Arbeitnehmer festlegt, wann der Urlaub zu nehmen ist. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht einigen können, wurde ausdrücklich vereinbart, dass dann der Arbeitgeber den Urlaub festlegt. Allerdings hat er bei der Urlaubsfestlegung die Bestimmungen des Artikel 7:638 BW zu berücksichtigen.

Gemäß Artikel 7:638 Abs. 2 BW kann der Arbeitgeber von dem seitens des Arbeitnehmers beantragten Urlaubszeitpunkt bei Vorliegen eines wichtigen, dagegen sprechenden Grundes abweichen. Ein schriftlicher Urlaubsantrag ist innerhalb von zwei Wochen schriftlich unter Angabe des Grundes zurückzuweisen. Erfolgt keine Zurückweisung, so gilt der Urlaub als erteilt.

**3.** Aus diesen Regelungen ergibt sich, dass aufgrund der Vereinbarungen des Arbeitsvertrages der Parteien letztendlich der Arbeitgeber entscheidet, ob und wann der Arbeitnehmer, vorliegend der Beklagte, Urlaub erhält. Die Vertragsparteien haben insoweit ausdrücklich vereinbart, dass der Arbeitgeber die Entscheidungsbefug-

nis hat, wenn sich der Arbeitnehmer nicht mit ihm einigen kann. Der Arbeitgeber muss lediglich triftige Gründe im Sinne des Artikel 7:638 Abs. 2 BW für seine Entscheidung haben. Weil jedoch gerade im Arbeitsvertrag in Artikel 3 § 3 vereinbart worden ist, dass der Arbeitgeber bei Nichteinigung den Urlaub festlegt, darf der Beklagte als Arbeitnehmer sich bei einer ausdrücklichen Zurückweisung des Urlaubsantrages auf keinen Fall selbst beurlauben. Jede andere Interpretation des Arbeitsvertrages ist rechtlich nicht haltbar. Anderenfalls wäre schon die arbeitsvertragliche Regelung des Artikel 3 § 3 Satz 2 des Arbeitsvertrages überflüssig, wenn der Beklagte als Arbeitnehmer trotz der Regelung des Artikel 3 § 3 des Arbeitsvertrages seinen Urlaub bei Nichteinigung selbst festlegen dürfte.

Die Klägerin war auch nicht unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Artikel 7:638 BW verpflichtet, dem Beklagten so kurzfristig Urlaub zu gewähren. Der Antrag des Beklagten kam äußerst kurzfristig. Er hat am Freitag, dem 14.10.2005 Urlaub begehrt für die Zeit ab Dienstag, dem 18.10.2005. Das geschah, obgleich die Dienstpläne mit einer Vorlaufzeit von mehr als 28 Tagen veröffentlicht waren. Der Beklagte war für die Zeit vom 18.10.2005 bis 25.10.2005 seit langem für diverse Flugeinsätze eingeteilt.

Die Klägerin hatte darüber hinaus unstreitig und zweifelsfrei erhebliche Kapazitätsprobleme. Sie hatte viele Aufträge und dafür nur sehr wenig Personal. Sie kann jedoch nicht auf dem Arbeitsmarkt auf beliebig viel Personal zurückgreifen. Es muss sich um ausgebildete und geschulte Piloten handeln. Darüber hinaus hatte ein anderer Arbeitnehmer, Herr ..., das Arbeitsverhältnis beendet und fiel zusätzlich sowohl langfristig als auch kurzfristig aus, weil er noch seinen Resturlaub zu erhalten hatte (vgl. Anlage K 7 – Bl. 52 d.A.).

Diese Kapazitätsprobleme waren dem Beklagten seit langem bekannt. Die Klägerin hatte sie schon seinem im April geäußerten Wunsch, kurzfristig seine Arbeitszeit zu reduzieren, entgegengehalten und immer wieder erläutert. Die letzten Gespräche waren insoweit zwischen den Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2005 über den Antrag auf Arbeitszeitverkürzung geführt worden. Auch das Kantongericht E... war in dem Urteil vom 11.10.2005 zu dem Ergebnis gekommen,

dass es der Klägerin als Arbeitgeberin nicht so kurzfristig, sondern erst ab 01.12.2005 abverlangt werden könnte, auf die Hälfte der Arbeitszeit des Beklagten zu verzichten. Am Tage der Zustellung dieses Urteils hat der Beklagte dann trotzdem den äußerst kurzfristigen Urlaubsantrag gestellt, um an der Entscheidungsbegründung des Kantongerichts E... vorbei seine persönlichen Interessen durchzusetzen.

Die Klägerin musste dem Beklagten schon wegen dieser Kapazitätsprobleme den Urlaub nicht so kurzfristig gewähren. Außerdem hatte der Beklagte schon alle ihm zur Verfügung stehenden unstreitigen Urlaubstage verbraucht bzw. fest verplant. Er hatte 2005 bereits 29 Urlaubstage genommen. Die Klägerin hatte ihm zudem auf seinen Antrag mit seinem Einvernehmen für die noch verbleibenden 23 Urlaubstage Urlaub in der Zeit vom 11.12.2005 bis 02.01.2006 gewährt. Darauf hatten sich die Parteien am 07.09.2005 geeinigt. Der Beklagte hatte bei dieser Einigung ohne Protest auf seine ursprünglichen Urlaubswünsche (29.09.2005 bis 21.10.2005) verzichtet und insoweit das betriebsübliche Urlaubsgenehmigungs- und Urlaubsplanungsverfahren akzeptiert.

Soweit der Beklagte dem entgegenhält, die Klägerin habe ihm gegebenenfalls zusätzlich unbezahlten Urlaub bewilligen können und müssen, trifft dieses nicht zu. Hierzu ist ein Arbeitgeber, der unbestrittenermaßen Personalkapazitätsprobleme hat, nicht verpflichtet, soweit sich dadurch seine Kapazitätsprobleme zusätzlich verschärfen. Das war aber gerade hier aufgrund des ganz kurzfristigen Urlaubsantrages des Beklagten der Fall.

Der Beklagte kann zur Rechtfertigung seiner Selbstbeurlaubung auch nicht seine dringenden eigenwirtschaftlichen Gründe sowie die Gefährdung der Kredite für die von ihm nebenberuflich betreuten Bauprojekte entgegen halten. Zum einen hat der Beklagte ausweislich des sich in der Akte befindlichen Schriftwechsels der Klägerin in nahem zeitlichen Zusammenhang mit der Stellung des Urlaubsantrages die wirtschaftlichen Nöte seiner nebenberuflichen Tätigkeit in N. zu keinem Zeitpunkt konkret offen gelegt. Die Ausführungen seines Rechtsanwaltes in dem Urlaubsantrag vom 14.10.2005 bleiben abstrakt und vage. Die Klägerin hat sodann in ihrem Antwortschreiben vom 17.10.2005 ausdrücklich darauf hingewiesen, der Beklagte möge sei-

ne Gründe für einen derartig kurzfristigen Urlaubsantrag ggf. fundieren (Anlage K 6 – Bl. 46 d.A.). Das ist jedoch nicht geschehen. Das Berufungsgericht lässt es dahingestellt, ob diese Gründe zugespitzt auf den 18.10.2005 tatsächlich vorgelegen haben. Es hat allerdings Zweifel. Das Schreiben des Rechtsanwalt B..., in dem die wirtschaftliche Situation des Beklagten näher erläutert wird, datiert jedenfalls erst vom 14.11.2005. Zu diesem Zeitpunkt war die fristlose Kündigung bereits ausgesprochen. Die dort gelieferten Informationen konnte die Klägerin im Zusammenhang mit der Entscheidung über den Urlaubsantrag Mitte Oktober 2005 nicht berücksichtigen, weil sie sie nicht kannte.

Der Beklagte kann der Klägerin auch nicht entgegenhalten, auf krankheitsbedingtem Ausfall müsse sie ebenfalls kurzfristig reagieren, so dass sie ihm auch den kurzfristig beantragten Urlaub habe genehmigen müssen. Grundsätzlich ist krankheitsbedingter Ausfall eines Arbeitnehmers nicht mit urlaubsbedingter Abwesenheit vergleichbar. Urlaub ist planbar und im Voraus festzulegen. Urlaubserteilung hat nichts mit dem Betriebsrisiko und Planbarkeitsrisiko eines Arbeitgebers zu tun. Krankheit ist nicht planbar. Tritt krankheitsbedingter Arbeitsausfall auf, trägt der Arbeitgeber das Risiko, kurzfristig für Ersatz sorgen zu müssen. Eine anders gewollte Risikoverlagerung für kurzfristige Urlaubswünsche eines Arbeitnehmers ist Artikel 7.638 Absatz 2 BW nicht zu entnehmen. Erst recht ergibt sich eine solche Risikoverlagerung nicht aus Artikel 3 § 3 des Arbeitsvertrages. Das Gegenteil ist gerade der Fall. Dadurch, dass die Parteien im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart haben, dass bei Nichteinigung der Arbeitgeber den Urlaub festlegt, wird deutlich, dass dem Arbeitgeber keine Planungsrisiken im Zusammenhang mit der Gewährung von Urlaub aufgebürdet werden sollten.

**4.** Das Verhalten des Beklagten im Zusammenhang mit der eigenmächtigen Urlaubnahme ist so schwerwiegend, dass der Klägerin ein Festhalten am Arbeitsvertrag nicht zugemutet werden kann. Obgleich die Kapazitätsprobleme der Klägerin monatelang Gegenstand der Erörterungen mit dem Beklagten waren, hat der Beklagte mit seiner Eigenbeurteilung seine Interessen selbst durchgesetzt. Darüber hinaus hat er damit die Entscheidung des Kantongerichtes zur Arbeitszeitreduzierung erst ab 01.12.2005, die ihm am Tage seines Urlaubsantrages, am 14.10.2005 zugestellt

wurde, ausgehebelt, indem er eigenmächtig andere Fakten geschaffen hat. Der Beklagte war insoweit nicht gewillt, seine eigenen Belange den Belangen der Klägerin anzupassen, geschweige denn sie unterzuordnen. Er hat seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht erfüllt, um einer Nebentätigkeit nachzugehen. Er hat diese Nebentätigkeit über seine arbeitsvertraglichen Hauptpflichten gestellt. Die Klägerin hat zudem in der Korrespondenz zwischen dem 14.10.2005 und dem 21.10.2005 dem Beklagten unter Androhung einer außerordentlichen Kündigung immer wieder die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb der nächsten 1 bis 2 Tage die Arbeit aufzunehmen und dadurch ggf. die außerordentliche Kündigung abzuwenden. Der Beklagte hat hierauf jedoch noch nicht einmal ansatzweise reagiert.

Diese Situation kann sich unter Berücksichtigung des Rechtsstandpunktes des Beklagten bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses jederzeit wiederholen. Damit unterliefe der Beklagte zweifelsfrei die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen in Artikel 3 § 3 des Arbeitsvertrages vom 08.07.1999. Es hierauf ggf. erneut ankommen zu lassen, kann der Klägerin nicht zugemutet werden.

**5.** Aus den genannten Gründen war das Arbeitsverhältnis für den Fall, dass die niederländischen Gerichte die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 21.10.2005 feststellen sollten, jedenfalls unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat ab Datum der Entscheidung aufzulösen. Angesichts der Tatsache, dass der Beklagte bei diesem vom erstinstanzlichen Gericht festgesetzten Auflösungszeitpunkt, den die Klägerin akzeptiert hat, noch für elf Monate seit Ausspruch der fristlosen Kündigung vom 21.10.2005 Vergütung erhält, kommt für die Berufungskammer die Festsetzung einer Auflösungsentschädigung nicht in Betracht. Die Pflichtverletzung des Beklagten durch die eigenmächtige Selbstbeurlaubung ist so gravierend, dass die Klägerin an den Beklagten für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht noch zusätzlich eine Abfindung zu zahlen hat. Davon ist das Arbeitsgericht zutreffend ausgegangen.

**6.** Nach alledem war der bedingte Auflösungsantrag der Klägerin begründet. Der Klage ist daher zu Recht stattgegeben worden. Die Berufung des Beklagten war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...