

Aktenzeichen: 2 AZN 337/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Beschluß vom 16. Dezember 1982
- 2 AZN 337/82 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 21. Juli 1981
Frankfurt am Main - 8/7 Ca 426/80 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 15. März 1982
Frankfurt am Main - 11 Sa 1055/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Divergenz und unrichtige Rechtsanwendung

Gesetz: ArbGG 1979 § 72 a Divergenz, § 72

- Leitsätze: 1. Eine Divergenz als Voraussetzung für die Zulassung der Revision nach § 72 a Abs. 1 in Verbindung mit § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG liegt nur dann vor, wenn das Berufungsgericht mit einem tragenden abstrakten Rechtssatz von einem abstrakten Rechtssatz einer angezogenen Entscheidung abweicht. Die voneinander abweichenden Rechtssätze müssen sich aus der anzufechtenden wie aus der angezogenen Entscheidung unmittelbar ergeben und so deutlich ablesbar sein, daß nicht zweifelhaft bleibt, welchen Rechtssatz die Entscheidungen aufgestellt haben (Bestätigung der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. BAG 32, 136).
2. Ein abstrakter Rechtssatz, auf dem das anzufechtende Urteil beruht, mag zwar ausnahmsweise in einer scheinbar nur fallbezogenen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts enthalten sein (BAG vom 4. August 1981 - 3 AZN 107/81 - AP Nr. 9 zu § 72 ArbGG 1979 Divergenz). Daraus folgt aber nicht, daß jede Rechtsanwendung (Subsumtion) zwangsläufig die Aufstellung eines Rechtssatzes enthält. Es ist vielmehr nach wie vor zwischen der Divergenz und der möglicherweise unrichtigen Rechtsanwendung zu unterscheiden.



2 AZN 337/82

948

11 Sa 1055/81 Frankfurt am Main

B e s c h l u ß

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts am 16. Dezember 1982 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor Dr. Röhsler und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und Dr. Bensinger beschlossen:

1. Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 15. März 1982 - 11 Sa 1055/81 - wird als ungegründet zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

G r ü n d e :

Die Beschwerde ist nicht begründet.

- I. Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit einer



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



- 2 -

Kündigung aus Anlaß wiederholter krankheitsbedingter Fehlzeiten. Der Kläger fehlte 1976 an 52 Arbeitstagen aufgrund dreier Erkrankungen, 1977 an 13 Arbeitstagen aufgrund zweier Erkrankungen, 1978 an zwei Arbeitstagen aufgrund einer Erkrankung, 1979 an 37 Arbeitstagen aufgrund sechs Erkrankungen und 1980 vom 8. April bis 27. April, 14. Juli bis 3. August und 21. August bis 30. November. Vom 6. August bis 18. November 1980 erkrankte er in Marokko an Gastritis und Mandelentzündung, außerdem litt er an Hämorrhoiden. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Auf die Berufung des Klägers stellte das Landesarbeitsgericht fest, die Kündigung sei rechtsunwirksam und ließ die Revision nicht zu.

II. Die auf Divergenz gestützte Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten ist unbegründet.

1. Nach § 72 a Abs. 1 ArbGG kann die Nichtzulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht selbständig durch die Beschwerde angefochten werden, wenn entweder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und eine der in § 72 a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ArbGG angeführten Rechtsstreitigkeiten betrifft oder ein Fall des § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG vorliegt. Nach dieser Vorschrift ist die Revision zuzulassen, wenn das anzufechtende Urteil von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder eines der dort sonst genannten Gerichte abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Der Beschwerdeführer muß die Beschwerde fristgebunden begründen und die Entscheidung, von der das Urteil des Landesarbeitsgerichts abweicht, bezeichnen (§ 72 a Abs. 3 ArbGG).

Die nach § 72 a in Verbindung mit § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG als selbständiger Rechtsbehelf ermöglichte Nichtzulassungsbeschwerde ersetzt die bisher nach § 72 Abs. 1 Satz 2 und 3 ArbGG 1953 statthafte Divergenzrevision. Wegen der inhaltlichen Übereinstimmung dieser Regelungen ist die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Divergenzrevision weiter anzuwenden (vgl. BAG 32, 136 sowie die Beschlüsse des BAG vom 19. November 1979 - 5 AZN 15/79 - und vom 22. November 1979 - 3 AZN 24/79 - AP Nr. 2 und 3 zu § 72 a ArbGG 1979).



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



Danach gehört es in jedem Falle zur Darlegung des Zulassungsgrundes, daß das anzufechtende Urteil einen allgemeinen, die Entscheidung tragenden Rechtssatz aufgestellt hat und daß dieser von einem in einer divergenzfähigen Entscheidung aufgestellten Rechtssatz abweicht. Dagegen reicht die fehlerhafte oder unterlassene Anwendung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts oder eines anderen der im Gesetz genannten Gerichte zur Begründung einer auf Divergenz gestützten Nichtzulassungsbeschwerde nicht aus (vgl. zum neuen Recht die oben genannten Beschlüsse und ferner - zum alten Recht - BAG AP Nr. 24 und Nr. 31 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision sowie BAG 21, 122).

2. Diese Voraussetzungen versucht die Beschwerde erfolglos mit folgender Begründung darzulegen:

a) Das Bundesarbeitsgericht habe im Urteil vom 10. März 1977 (BAG 29, 49 ff.) den abstrakten Rechtssatz aufgestellt, bei einer Kündigung wegen häufiger Erkrankung komme es darauf an, ob objektive Tatsachen zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorlägen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen rechtfertigten; die Wiederholungsgefahr könne sich aus den bisherigen krankheitsbedingten Fehlzeiten ergeben. Von diesem Rechtssatz weiche das Landesarbeitsgericht ab, indem es ausführe, die Krankheitszeit pro Jahr müsse gewichtig genug sein, um den Interessen des Arbeitgebers den Vorzug vor den Interessen des Arbeitnehmers einzuräumen. Während das Bundesarbeitsgericht auf die Fehlzeiten in der Vergangenheit abstellt, "vereinzele" das Landesarbeitsgericht die Fehlzeiten pro Jahr.

b) In derselben Entscheidung (BAG 29, 49) habe das Bundesarbeitsgericht den Rechtssatz aufgestellt, der Arbeitgeber habe seine Darlegungslast zunächst erfüllt, wenn er sich auf die Fehlzeiten in der Vergangenheit berufe. Dann sei es Sache des Arbeitnehmers vorzutragen, die früheren Krankheiten seien so beschaffen, daß sie nichts darüber aussagten, ob weitere krankheitsbedingte Ausfälle zu befürchten seien. In Widerspruch zu dieser Entscheidung habe das Berufungsgericht die Fehlzeit des Klägers von 52 Tagen im Jahr 1976 zwar an sich für erheblich gehalten, aber zugunsten des Klägers berücksichtigt, daß dieser stationär bei



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
(mobile App)



- 4 -

nur unwesentliche Ausfallzeiten gehabt habe. Unter Berücksichtigung dieser Tatsachen sei das Gericht mangels eines Vortrags der Beklagten zur Art der damaligen Erkrankung davon ausgegangen, die Krankheit von 1976 sei ausgeheilt gewesen. Das Landesarbeitsgericht habe damit die Darlegungslast insoweit umgekehrt und der Beklagten auferlegt.

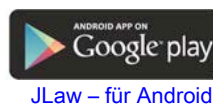
c) In Widerspruch zu dem unter b) näher dargestellten Rechtssatz des Bundesarbeitsgerichts habe das Landesarbeitsgericht auch Tatsachen berücksichtigt, die keine Partei vorgetragen habe, nämlich die unterschiedlichen Lebensverhältnisse in Marokko und der Bundesrepublik Deutschland und deren Einwirkung auf den Kläger. Hiermit habe das Berufungsgericht zugleich gegen den im Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 30. September 1976 (- 2 AZR 402/75 - AP Nr. 3 zu § 9 KSchG 1969) aufgestellten Rechtssatz verstoßen, das Gericht dürfe nur von Tatsachen ausgehen, die die darlegungspflichtige Partei vorgebracht habe.

d) Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die von ihr behauptete Divergenz beruhe auch auf abstrakten Rechtssätzen des Landesarbeitsgerichts. Rechtsprechung, verstanden als Anwendung von Rechtsnormen auf einen Sachverhalt, bedeute nicht notwendig, daß das Tatsachengericht der Subsumtion des von ihm festgestellten Tatbestandes unter eine Rechtsnorm einen abstrakten Rechtssatz voranstelle. Für die Darlegung von abstrakten Rechtssätzen müsse es ausreichen anzugeben, welche Rechtsnormen und weiteren Rechtssätze das Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt habe und daß die Feststellung des Sachverhalts und dessen Subsumtion unter diese Rechtsnormen und Rechtssätze uno actu geschehe. Wenn zum Beispiel das Landesarbeitsgericht nicht vorgetragene Tatsachen verwerte, liege dem zwangsläufig der Rechtssatz zugrunde, auch nicht vorgetragene Tatsachen könnten verwertet werden. Im übrigen erscheine es angebracht, im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung an die Formulierung des abstrakten Rechtssatzes in dem angefochtenen Urteil keine überzogenen Anforderungen zu stellen.

- 5 -



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



3. Das Landesarbeitsgericht hat keinen von den angezogenen Entscheidungen abweichenden abstrakten Rechtssatz aufgestellt.

a) Die Beschwerdeführerin irrt, wenn sie die Auffassung vertritt, jede Subsumtion sei "uno actu" mit der Aufstellung eines abstrakten Rechtssatzes verbunden. Wäre dies richtig, läge bei jeder fehlerhaften Rechtsanwendung eine Divergenz vor, sofern ein fehlerfreies divergenzfähiges Urteil vorhanden wäre. Sie übersieht, daß den Gerichten aus verschiedenen Gründen Rechtsfehler unterlaufen können: z. B. weil ihnen entweder die Anwendbarkeit einer Norm oder eines Rechtssatzes gerade nicht bewußt ist, sie einen zutreffenden Rechtssatz unrichtig auf die Besonderheiten des konkreten Falles anwenden, ihren tatsächlichen Beurteilungsspielraum – insbesondere in Kündigungsschutzverfahren – verkennen oder fehlerhaft ausüben, oder weil sie ihrer Würdigung erkennbar einen unrichtigen Rechtssatz zugrunde legen. Nur im letzten Falle liegt eine Divergenz im Sinne der §§ 72, 72 a ArbGG vor, wenn der aufgestellte Rechtssatz zugleich mit der rechtsgrundsätzlichen Begründung einer anderen divergenzfähigen Entscheidung unvereinbar ist.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 4. August 1981 (- 3 AZN 107/81 - AP Nr. 9 zu § 72 ArbGG 1979 Divergenz), in dem darauf hingewiesen wird, daß ausnahmsweise eine scheinbar nur fallbezogene Formulierung einen abstrakten Rechtssatz enthalten könne, wenn sich dies zwingend aus dem gedanklichen Zusammenhang des Berufungsurteils ergebe. Solche Fälle mögen zwar auch in Kündigungsrechtsstreitigkeiten denkbar sein, sie sind aber äußerst selten, weil bei Kündigungsrechtsstreitigkeiten, soweit es nicht um allgemeine Grundsätze oder darum geht, ob ein Sachverhalt an sich geeignet ist, einen Kündigungsgrund zu bilden, ganz besonders auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Im übrigen ändert die Entscheidung des Dritten Senats nichts an der Abgrenzung zwischen der Divergenz und der unrichtigen Rechtsanwendung.



b) Die Beschwerdeführerin vertritt zu Unrecht die Auffassung, die von ihr beanstandete Rechtsanwendung enthalte das Aufstellen eines abstrakten Rechtssatzes.

Weder aus dem vermeintlichen Verkennen der Darlegungs- und Beweislast noch aus der Berücksichtigung der Verhältnisse in Marokko, die nicht vom Kläger vorgetragen worden sein sollen, ergibt sich zwingend, daß das Landesarbeitsgericht insoweit einen abstrakten Rechtssatz hat aufstellen wollen. In beiden Fällen handelt es sich vielmehr um eine einzelfallbezogene - möglicherweise fehlerhafte - Rechtsanwendung. Eine Divergenz zu dem Urteil des Senats vom 10. März 1977 (aaÜ) kommt zudem deswegen nicht in Betracht, weil das Landesarbeitsgericht tragend auch darauf abgestellt hat, die Beklagte habe nicht vorgetragen, über die Art der früheren Erkrankungen keine Auskünfte erhalten zu haben, während in dem angezogenen Urteil die Darlegungslast an den Tatsachen ausgerichtet worden ist, die dem Arbeitgeber bekannt sind. Die Begründung des anzufechtenden Urteils läßt auch nicht erkennen, ob sich der Kläger auf die Ursachen seiner Erkrankungen in Marokko berufen oder ob das Landesarbeitsgericht die von ihm behandelten Möglichkeiten mit den Parteien erörtert hat.

c) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin widersprechen die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts, eine auf sieben Perioden verteilte Krankheitszeit von 34 Tagen im Kalenderjahr sei nicht so gewichtig, daß deswegen schon das Interesse des Arbeitgebers an der Entlassung überwiege, nicht dem in BAG 29, 49 ff. aufgestellten Rechtssatz, es komme darauf an, ob objektive Tatsachen zum Zeitpunkt der Kündigung vorlägen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen rechtfertigten. Mit diesem Rechtssatz hat der Senat die erste von mehreren Voraussetzungen genannt, die eine sozial gerechtfertigte Kündigung aus Anlaß von Wiederholungserkrankungen erfüllen muß. Der Rechtssatz enthält aber nichts darüber, wann die Interessen des Arbeitgebers überwiegen, das richtet sich vielmehr nach der jeweiligen Betriebsbeeinträchtigung und den Besonderheiten des Einzelfalles, die jeweils eine konkrete



Interessenabwägung erfordern. Die oben genannten Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind aber gerade Teil dieser Interessenabwägung. Eine Divergenz ist daher auch insoweit nicht vorhanden.

III. Dementsprechend ist die Beschwerde nicht begründet.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Dr. Weller

hieß

Dr. Bensinger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)