

Aktenzeichen: 2 AZR 1189/78

LAG Düsseldorf Urteil des BAG vom 27. Februar 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung;
ZPO §§ 314, 561

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 1189/78

16 Sa 526/78 Düsseldorf

Verkündet am
27. Februar 1981

Im Namen des Volkes!

gez. Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

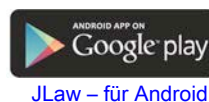
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Hammel und Baerbaum für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. Oktober 1978 - 16 Sa 526/78 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war seit 1. Februar 1977 bei der Beklagten, die ein Güternah- und Fernverkehrsunternehmen betreibt, als Kfz-Schlosser mit einem Monatslohn von 2.200,-- DM brutto beschäftigt. Seine Arbeitszeit umfaßte auch den Samstagvormittag. Er hatte von der Beklagten in demselben Haus, in dem sich ihre Geschäftsräume befinden, eine Wohnung gemietet.

Zu den Aufgaben des Klägers gehörte es, die Fahrzeuge der Beklagten zu reparieren und auf ihre Verkehrssicherheit zu überwachen. Mit einem Schreiben vom 15. Dezember 1977 rügte die Beklagte, daß ihre Fahrzeuge mehr oder weniger immer noch in fremden Werkstätten repariert werden müßten und der Kläger in drei - im einzelnen aufgeführten - Fällen Reparaturen nicht selbst durchgeführt habe. Abschließend heißt es dann in dem Schreiben:

"Wir glauben, daß es für beide Teile angebracht ist, wenn ab sofort eine Vereinbarung als getroffen gilt, daß eine Zeit bis zum 30.1.1978 als Bewährungsfrist angesetzt ist. Falls wir bis dahin eine zufriedenstellendere Änderung erkennen, erledigt sich das für diese Zeit gedachte Gespräch zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses."

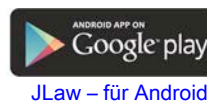
Ab Samstag, dem 17. Dezember 1977, erschien der Kläger nicht zur Arbeit. Er wurde an diesem Tag von dem praktischen Arzt Dr. K bis voraussichtlich 24. Dezember 1977 arbeitsunfähig krank geschrieben. Diese Bescheinigung legte der Kläger der Beklagten nicht vor. Am Montag, dem 19. Dezember 1977, wurde er von dem praktischen Arzt Dr. Sch, seinem Hausarzt, bis voraussichtlich 23. Dezember 1977 arbeitsunfähig krank geschrieben. Dieses Attest wurde der Beklagten am selben Tag gegen 17.00 Uhr übergeben.

Mit Schreiben vom 19. Dezember 1977, das dem Kläger am folgenden Tag zuing, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgerecht mit folgender Begründung:

- 3 -



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



"....Da Sie seit dem 17. 12. 1977 grundlos der Arbeit ferngeblieben sind, betrachten wir den 17. 12. 1977 als ersten Kündigungstag, so daß das Arbeitsverhältnis fristgerecht mit dem 3. Januar 1978 als beendet zu betrachten ist. ..."

Mit der Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 19. Dezember 1977 nicht aufgelöst sei. Er hat vorgetragen, er sei ab 17. Dezember 1977 arbeitsunfähig krank gewesen, so daß die Kündigung sozial ungerechtfertigt sei. Im weiteren Verlauf des Verfahrens hat er von der Beklagten noch Zahlung von 666,30 DM begehrt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und mit einer Widerklage von dem Kläger 2.336,70 DM nebst Zinsen verlangt. Zur Rechtfertigung der Kündigung hat sie vorgetragen, der Kläger sei am 17. und 19. Dezember 1977 nicht arbeitsunfähig krank, sondern bei bester Gesundheit gewesen. Er habe am 17. Dezember in einer Gaststätte Alkohol zu sich genommen und auch am 19. Dezember 1977 in einer Gaststätte gegessen und getrunken. Er habe am 17. Dezember 1977 nichts von einem Arztbesuch und einer Arbeitsunfähigkeit erwähnt, obwohl ihm dies, da er im selben Hause wohne, ohne weiteres möglich gewesen wäre. Bereits Anfang 1977 habe sie ihm wegen mangelhafter Leistungen gekündigt, die Kündigung dann jedoch auf seine Bitten wieder zurückgenommen. Seine Leistungen hätten sich aber nicht gebessert. Er habe auch kleinere Reparaturen an Werkstätten vergeben und Reklamationen der Fahrer nicht beseitigt.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen und zur Kündigungsschutzklage erwidert, er habe am 17. Dezember 1977 eine Angestellte der Beklagten von dem bevorstehenden Arztbesuch verständigt. Dr. K habe an diesem Tag den Nötdienst versehen und ihn an seinen Hausarzt Dr. Sch überwiesen. Er sei deshalb davon ausgegangen, daß er nicht auch noch die Bescheinigung vom 17. Dezember 1977 der Beklagten vorzulegen brauchte. In der Gaststätte habe er am 17. Dezember nur eine Tasse Kaffee getrunken. Die Beklagte werfe ihm auch zu Unrecht mangelhafte Leistungen vor. Sie habe ihm vorher nie gekündigt.



Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Kündigungsschutzklage weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung der Beklagten sei sozial ungerechtfertigt, und im wesentlichen ausgeführt:

Auch wenn die in dem Schreiben der Beklagten vom 15. Dezember 1977 erhobenen Vorwürfe berechtigt wären, könne die Beklagte hiermit allein die Kündigung nicht rechtfertigen, da sie den Kläger deshalb abgemahnt und ihm eine Bewährungsfrist eingeräumt habe. Nach dem unstreitigen Sachverhalt seien jedoch neue, nach Zugang dieses Schreibens an den Kläger entstandene Kündigungsgründe nicht festzustellen. Die Beklagte bestreite nicht die Richtigkeit der beiden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, sondern rüge nur, daß ihr die Bescheinigung vom 17. Dezember 1977 nicht übergeben worden sei. Hieraus könne dem Kläger jedoch kein Vorwurf gemacht werden, da er bereits am folgenden Werktag eine von diesem Tag an geltende Bescheinigung seines Hausarztes vorgelegt habe. Die Beklagte habe auch keine Umstände dargelegt, die zu ernsthaften Zweifeln an der vom Kläger behaupteten und durch die Arztatteste bescheinigten Arbeitsunfähigkeit Anlaß geben könnten. Sie verweise ohne Erfolg auf die beiden Gaststättenbesuche des Klägers. Die Beklagte habe keine konkreten Umstände für ihre Behauptung vorgetragen, der Kläger habe dem Alkohol zugesprochen. Ihr Geschäftsführer habe zwar in der Berufungsverhandlung zunächst behauptet, der Kläger habe sich "vollaufen lassen", jedoch auf Nachfrage eingeräumt, es handle sich nur um eine Vermutung, für die er keine näheren Angaben machen oder Beweise antreten könne. Solange nicht feststehe, daß dem Kläger Bettruhe verordnet gewesen sei, bestehe



die Möglichkeit, daß er sich ohne weitere Gefährdung seiner Gesundheit aus einsichtigen Gründen in der Gastwirtschaft aufgehalten habe. Es bleibe somit der Vorwurf, daß er die erste Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht noch am selben Tag oder später der Beklagten übergeben habe. Selbst wenn dies zutreffe und darin ein gewisses Versäumnis des Klägers zu sehen sei, reiche dies zur Rechtfertigung der Kündigung nicht aus. Nachdem die Beklagte am 19. Dezember die an diesem Tag ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erhalten habe, habe bereits daraus gefolgert werden können, daß der Kläger möglicherweise schon am Wochenende erkrankt gewesen sei. Jedenfalls hätte sie ihn aber zunächst zur umgehenden Vorlage der fehlenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auffordern müssen. Statt dessen habe sie, nach eigenem Eingeständnis in der Berufungsverhandlung, noch vor Zugang der zweiten Bescheinigung das Kündigungsschreiben am 19. Dezember 1977 zur Post gegeben.

Bei dieser Sachlage überwiege das Interesse des Klägers an der Erhaltung des Arbeitsplatzes trotz seiner verhältnismäßig kurzen Betriebszugehörigkeit das Interesse der Beklagten, sich ohne weitere feststellbare Verfehlung des Klägers von ihm zu trennen. Der Kläger könne im Alter von 54 Jahren nur schwer wieder eine neue Stelle finden und sei nach seinem Vortrag noch immer arbeitsunfähig krank. Der Geschäftsführer der Beklagten habe in der Berufungsverhandlung vorgetragen, die Leistungen des Klägers seien an sich gut gewesen, man habe auch ein freundschaftliches Verhältnis zu ihm unterhalten, er sei nur zu weitgehend eigenen Interessen nachgegangen. Ein verständiger Arbeitgeber hätte unter diesen Umständen zunächst die Entwicklung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers abgewartet.

II. Diese Würdigung ist frei von Rechtsfehlern.

1. An die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Senat gemäß § 561 ZPO gebunden, da die Revision hiergegen keine Verfahrensrügen erhoben und die Beklagte, soweit das Landesarbeitsgericht Parteivorbringen als



- 6 -

unstreitig festgestellt hat, auch keine Tatbestandsberichtigung beantragt hat. Daß die Feststellungen über das Parteivorbringen sich in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils befinden, ändert nichts an ihrer Bindungswirkung für das Revisionsgericht gemäß §§ 314, 561 Abs. 1 ZPO; denn Parteivorbringen ist auch dann Tatbestand im Sinn des § 314 ZPO, wenn es nicht im formellen Tatbestand (§ 313 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 ZPO), sondern in den Entscheidungsgründen erscheint (BAG 19, 342 = AP Nr. 13 zu § 91 a ZPO).

Danach steht für den Senat bindend fest, daß der Kläger auch am 17. Dezember 1977 beim Arzt war und krankgeschrieben wurde, von diesem Tag an tatsächlich arbeitsunfähig krank war, anlässlich seiner beiden Gaststättenbesuche am 17. und 19. Dezember 1977 keinen Alkohol zu sich genommen und sich dort ohne feststellbare Gefährdung seiner Gesundheit aufgehalten hat.

2. Bereits aufgrund dieser Feststellungen scheidet ein objektiv unberechtigtes Fernbleiben des Klägers von der Arbeit am 17. und 19. Dezember 1977 als Kündigungsgrund aus. Ferner kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, durch seine Gaststättenbesuche an diesen Tagen seinen Gesundheitsprozeß gefährdet oder verzögert zu haben (vgl. BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 6). Die Beklagte hat dem Kläger dieses Verhalten nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen, sondern nur als Indiztatsache für ihre in den Vorinstanzen streitige Behauptung vorgetragen, daß er in Wahrheit gar nicht arbeitsunfähig krank gewesen sei. Auch die Revision geht von dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt aus. Sie beruft sich nur noch darauf, daß der Kläger sich am 17. und 19. Dezember 1977 nicht entschuldigt habe, ferner auf die zuvor aufgetretenen Leistungsmängel, und wirft dem Landesarbeitsgericht vor, diese Umstände zu Unrecht für die soziale Rechtfertigung der Kündigung als nicht ausreichend angesehen zu haben.

- 7 -



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



3.a) Die materiell-rechtliche Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist nur beschränkt nachprüfbar. Es handelte sich bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung nach § 1 KSchG um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die der Nachprüfung durch das Revisionsgericht grundsätzlich nur dahingehend unterliegt, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist oder ob das Berufungsgericht bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verletzt und bei der Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. BAG AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972 [zu II 2 der Gründe m.w.N.]). Bei Anwendung dieser Prüfungsmaßstäbe ist das angefochtene Urteil zu bestätigen.

b) Zutreffend ist die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, auf die von der Beklagten behaupteten Leistungsmängel habe die Beklagte die Kündigung im Hinblick auf ihr Schreiben vom 15. Dezember 1977 nicht mehr selbständig stützen können. Das Landesarbeitsgericht hat dieses Schreiben als Abmahnung in bezug auf die darin gerügten Pflichtverletzungen angesehen. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine Abmahnung liegt vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deutlich und ernsthaft ermahnt und ihn auffordert, ein genau bezeichnetes Fehlverhalten zu ändern bzw. aufzugeben, und damit den Hinweis verbindet, daß im Wiederholungsfall der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei (BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7 m. zust. Anm. v. Peterek). Diese Voraussetzungen erfüllt das Schreiben der Beklagten vom 15. Dezember 1977. Die Beklagte rügt darin bestimmte Leistungsmängel, fordert den Kläger zur Besserung auf und droht mit dem Hinweis, bei Bewährung innerhalb der von ihr gesetzten Frist "erledige sich das für diese Zeit gedachte Gespräch zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses" eindeutig für den gegenteiligen Fall die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Die Beklagte hat durch diese Erklärung ausdrücklich dem Kläger gegenüber zu erkennen gegeben, daß sie die in der Vergangenheit liegenden Leistungsmängel nicht zum Anlaß einer Kündigung nehmen werde. Liegt bereits in einer bloßen Ermahnung ein schlüssiger Verzicht des Kündigungsberechtigten auf ein Kündigungsrecht, so gilt dies umso mehr, wenn er ausdrücklich erklärt, für den Fall künftigen Wohlverhaltens eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in Betracht zu ziehen (vgl. dazu KR-Becker, § 1 KSchG Rz 170; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 38, 39). Die Beklagte konnte demgemäß diese Leistungsmängel nicht mehr selbständig, sondern nur noch unterstützend zur Rechtfertigung der Kündigung heranziehen, wenn sich der Kläger danach neuer Pflichtverletzungen schuldig gemacht hätte (BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 169).

c) Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, daß die Unterlassung der sofortigen Krankmeldung am 17. und 19. Dezember 1977, die dem Kläger nach Erhalt des Abmahnungsschreibens allein noch als Pflichtverletzung angelastet werden könnte, nicht ausreicht, die Kündigung sozial zu rechtfertigen. Es hat unterstellt, daß insoweit "ein gewisses Versäumnis" des Klägers vorliegen könnte, jedoch zu seinen Gunsten berücksichtigt, daß die Beklagte nach Erhalt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 19. Dezember 1977 als naheliegend in Betracht ziehen konnte, der Kläger sei bereits am Wochenende erkrankt. Auch die Beklagte selbst hat in den Vorinstanzen diesem Umstand keine selbständige Bedeutung beigemessen. Sie hat das Schwergewicht ihrer Vorwürfe darauf gelegt, daß der Kläger gar nicht arbeitsunfähig krank gewesen sei. Nur mehr beiläufig hat sie darauf hingewiesen, daß er sich am 17. Dezember 1977 zumindest hätte entschuldigen können, da er im selben Hause gewohnt habe, jedoch ohne nähere Tatsachen vorzutragen, wie sich die unterlassene Krankmeldung auf den Betriebsablauf ausgewirkt hat. Erst in der Revisionsbegründung trägt sie im einzelnen vor, gerade an den Samstagvormittagen befänden sich alle Wagen auf dem Betriebsgelände, deshalb müßten die Reparaturen gerade an diesen Tagen durchgeführt werden.



Für den Betrieb sei deshalb von wesentlicher Bedeutung, daß der zuständige Werkstattmeister eine Arbeitsunfähigkeit sofort mitteile. Insoweit handelt es sich um neues tatsächliches Vorbringen, das zwar an sich geeignet gewesen sein könnte, die Kündigung zu rechtfertigen (vgl. BAG EzA § 626 n. F. BGB Nr. 45), in der Revisionsinstanz jedoch nicht mehr berücksichtigt werden kann (§ 561 ZPO).

Wenn das Landesarbeitsgericht aufgrund des von ihm festgestellten Sachverhalts dem Unterlassen der sofortigen Krankmeldung durch den Kläger ein geringeres Gewicht beigemessen und sodann in Abwägung der im einzelnen in den Entscheidungsgründen wiedergegebenen Umstände ein überwiegendes Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses angenommen hat, so hält sich dies im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz und ist deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

d) Auch die weiteren Rügen der Revision vermögen das angefochtene Urteil nicht zu erschüttern.

aa) Die Revision macht geltend, das Landesarbeitsgericht hätte die in dem Abmahnungsschreiben der Beklagten vom 15. Dezember 1977 angesprochene betriebliche Entwicklung berücksichtigen müssen, nach der die Stelle des Klägers für den Betrieb überflüssig geworden sei. Hierauf brauchte das Landesarbeitsgericht jedoch nicht gesondert einzugehen: Wenn dem Schreiben der Beklagten zu entnehmen ist, daß sie im Falle künftiger zufriedenstellender Leistungen als Werkstattmeister und Kfz-Schlosser trotz der in der Vergangenheit gezeigten Leistungsmängel von einer Kündigung absehen werde, so hatte dies zur notwendigen Voraussetzung, daß auch die Stelle des Klägers erhalten bleiben sollte. Überdies hat die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag die Stelle wieder besetzt.

bb) Ohne Erfolg beruft sich die Revision schließlich darauf, der Kläger sei seit dem 17. Dezember 1977 fortfolgend arbeitsunfähig krank und seine Genesung nicht absehbar; hierauf habe die Beklagte "in der Berufungsverhandlung" hingewiesen.

Diese Rüge greift schon aus folgendem Grund nicht durch: Weder die in den Vorinstanzen gewechselten Schriftsätze noch die Sitzungsniederschriften noch der Tatbestand des Berufungsurteils enthalten einen Hinweis darauf, daß die Beklagte eine langanhaltende, in ihrer Dauer schon zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht absehbare Erkrankung des Klägers als Kündigungsgrund geltend gemacht und einen entsprechenden Sachvortrag gebracht hat. Es handelt sich auch insoweit um neues tatsächliches Vorbringen in der Revisionsinstanz, das nicht mehr berücksichtigt werden kann.

gez.: Hillebrecht Triebfürst Dr. Weller

Hammel

Baerbaum

