

Aktenzeichen: 2 AZR 251/07
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 12. März 2009
- 2 AZR 251/07 -

I. Arbeitsgericht
München

Urteil vom 4. April 2006
- 30 Ca 9034/05 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 31. Januar 2007
- 11 Sa 674/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche fristlose Kündigung - Ankündigung einer Erkrankung

Gesetze:

BGB § 626 Abs. 1; BAT § 54 Abs. 1, § 55 Abs. 1; BayPVG Art. 77 Abs. 3,
4

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 251/07

11 Sa 674/06

Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. März 2009

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

1. bis 12.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Eulen für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 31. Januar 2007 - 11 Sa 674/06 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revision noch über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 7. Juni 2005. 1

Der 1955 geborene Kläger war seit dem 1. September 1974 zunächst bei der Bayerischen Versicherungskammer beschäftigt. Nach einer 1995 erfolgten Ausgliederung von Geschäftsbereichen, die den Versorgungsbereich betrafen, bestand das Arbeitsverhältnis zuletzt mit den zwölf Beklagten fort. Bei diesen handelt es sich um berufsständische und kommunale Altersversorgungseinrichtungen, deren gemeinsames Geschäftsführungs- und Verwaltungsorgan die B ist. Die B ist eine dem Bayerischen Staatsministerium des Innern unmittelbar nachgeordnete staatliche Oberbehörde. 2

Der Kläger war zuletzt in dem bei der B angesiedelten, zentralen Organisationsbereich Kapitalanlagen als Sachgebietsleiter Rechnungswesen (*Immobilien und Wertpapiere*) gegen ein monatliches Bruttogehalt von 5.201,51 Euro beschäftigt. Dort war er insbesondere zuständig für die Erstellung der Immobilienabschlüsse, die in die Jahresabschlüsse (*Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung*) der getrennt bilanzierenden Beklagten einfließen. Auf das Arbeitsverhältnis fand im hier maßgeblichen Zeitraum kraft einzelvertraglicher Inbezugnahme der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) Anwendung. 3



Im Frühjahr 2005 kam es bei der Erstellung der Jahresabschlüsse zu erheblichen Verzögerungen. Am 24. Mai 2005 beantragte der Kläger schriftlich die Gewährung von Erholungsurlaub für Freitag, den 27. Mai 2005. Der 26. Mai 2005 war in Bayern gesetzlicher Feiertag (*Fronleichnam*). Der Vorgesetzte des Klägers lehnte am Vormittag des 25. Mai 2005 den Urlaubsantrag mit der Begründung ab, die - unstreitig noch nicht beendeten - Jahresabschlussarbeiten duldeten keinen weiteren Aufschub. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger im Verlaufe des Gesprächs eine Erkrankung „angedroht“ hat. Noch am 25. Mai 2005 suchte der Kläger einen Arzt auf und legte gegen 13:00 Uhr eine ihm ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die Zeit vom 25. Mai 2005 bis einschließlich 3. Juni 2005 vor. Anschließend begab er sich nach Hause. Am 27. Mai 2005 erschien er nicht zur Arbeit.

4

Nach einer ersten fristlosen Kündigung vom 1. Juni 2005, die der Kläger gemäß § 174 BGB zurückgewiesen hat, kündigten die Beklagten das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 7. Juni 2005 erneut außerordentlich fristlos. Der mit Schreiben vom 31. Mai 2005 zur ersten Kündigung und mit Schreiben vom 7. Juni 2005 erneut zur zweiten Kündigung angehörte Personalrat hatte auf die erste Anhörung am 1. Juni 2005 schriftlich mitgeteilt, keine Bedenken gegen die Kündigung zu haben. Am 7. Juni 2005 vermerkte der Personalratsvorsitzende handschriftlich auf der Stellungnahme vom 1. Juni 2005, dieser Beschluss behalte auch nach neuen Erkenntnissen der Personalvertretung Bestand.

5

Der Kläger hat gegen beide Kündigungen fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben. Die Kündigung vom 1. Juni 2005 hat das Arbeitsgericht rechtskräftig mangels Vorlage einer Originalvollmacht nach § 174 BGB für unwirksam erklärt.

6

Zur Begründung seines Kündigungsschutzantrags betreffend die Kündigung vom 7. Juni 2005 hat der Kläger geltend gemacht: Es fehle an einem wichtigen Grund zur Kündigung. Er habe entgegen der Behauptung der Beklagten im Gespräch mit seinem Vorgesetzten nicht versucht, den Urlaub durch „Androhung“ einer Erkrankung zu erzwingen. Er habe lediglich erklärt

7



was denn wäre, „wenn er etwas geplant hätte und seine Frau zu Hause schon die Sachen einräumen würde oder er plötzlich total erkranken würde, dann wäre er doch auch nicht im Hause“. Die Verweigerung des Urlaubs sei vollkommen willkürlich gewesen. Das Gespräch mit dem Vorgesetzten habe ihn so aufgeregt, dass er sich unmittelbar anschließend wegen massiver Kreislaufprobleme in ärztliche Behandlung habe begeben müssen. Tatsächlich sei er bereits zu Beginn der Unterredung mit seinem Vorgesetzten krank gewesen. Aufgrund einer stets hohen Arbeitsbelastung habe er seit längerer Zeit an Kreislaufproblemen und Hauterkrankungen gelitten. Hinzugetreten seien psychische Belastungen aufgrund familiärer Probleme. Am Wochenende vor dem 25. Mai 2005 habe er wegen starker Migräne und Kreislaufschwäche eine geplante Wanderung mit einem Freund absagen müssen. Lediglich aus falsch verstandenem Pflichtbewusstsein habe er sich nicht arbeitsunfähig melden wollen und den dringenden Rat seiner Ehefrau und des Freundes, einen Arzt aufzusuchen, nicht befolgt. Die Kündigung sei zudem wegen fehlerhafter Beteiligung des Personalrats unwirksam.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt

8

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche und fristlose Kündigung vom 7. Juni 2005, zugestellt am 8. Juni 2005, nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagten haben zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt: Der Kläger habe auf die Verweigerung des Urlaubs erklärt, dass der Vorgesetzte „dies nicht machen könne“, da die Ehefrau des Klägers „schon die Koffer für eine gemeinsame Reise packen würde“. Nachdem der Kläger auf die bestehende Notwendigkeit seiner Anwesenheit hingewiesen worden sei, habe er geäußert, dann eben wegen Krankheit nicht zur Arbeit zu kommen. Außerdem habe der Kläger erklärt, sein Vorgesetzter würde sich noch wundern, wenn er dann vier Tage in psychologischer Behandlung sei und noch länger ausfalle. Im Anschluss an dieses Gespräch habe der Kläger in Anwesenheit ihm unterstellter Mitarbeiterinnen geäußert: „Wenn ich nicht frei kriege, bin ich krank ... und wenn ich zum Arzt gehe, findet er bestimmt was ...“. Auch gegen-

9



über der Mitarbeiterin L. habe er seinen Wunsch nach einem Urlaubstag damit begründet, er habe sich auch einmal entspannen und mit seiner Frau, die schon alles gepackt hätte, verreisen wollen. Der Kläger habe bei dem Gespräch mit seinem Vorgesetzten nicht den geringsten Eindruck erweckt, bereits krank zu sein. Im Übrigen komme es auf eine tatsächlich bestehende Erkrankung nicht an. Entscheidend sei, dass der Kläger mit der Androhung einer Arbeitsunfähigkeit in unzulässiger Weise Druck auf den Vorgesetzten ausgeübt habe, um seinen Urlaubsantrag durchzusetzen. Einer Abmahnung habe es nicht bedurft. Der Personalrat sei über den Kündigungssachverhalt ausreichend unterrichtet worden. Ein Fehler des Personalrats bei der Beschlussfassung zur zweiten Kündigung liege nicht vor. Jedenfalls sei ein solcher nicht offenkundig. Die Zeitspanne zwischen der zweiten Anhörung und der Rückgabe der Anhörung mit dem entsprechenden Vermerk habe ausgereicht, um auf Seiten des Personalrats einen entsprechenden Beschluss zu fassen.

Das Arbeitgericht hat die gegen die Kündigung vom 7. Juni 2005 gerichtete Kündigungsschutzklage - nach Beweisaufnahme - abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Kündigungsschutzantrag hinsichtlich der Kündigung vom 7. Juni 2005 weiter.

10

Entscheidungsgründe

A. Die Revision ist zulässig.

11

Die Revisionsbegründung genügt noch den Anforderungen des § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO. Der Kläger hat im Rahmen der auf eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (*Art. 103 Abs. 1 GG*) gestützten Verfahrensrüge dargelegt, das Landesarbeitsgericht habe berücksichtigen müssen, dass er gar nicht mit einer zukünftigen Erkrankung habe drohen können, weil er bereits vor dem 25. Mai 2005 erkrankt gewesen sei. Darin liegt zugleich der

12



materiell-rechtliche Einwand, entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts sei Voraussetzung für eine fristlose Kündigung wegen Ankündigung einer zukünftigen Erkrankung das Fehlen einer Erkrankung im Zeitpunkt der Abgabe der betreffenden Erklärung. Die Angabe der Rechtsvorschrift oder des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dessen fehlerhafte Anwendung gerügt werden soll, war nicht erforderlich (vgl. *Müller-Glöge in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 6. Aufl. § 74 Rn. 52*).

B. Die Revision ist begründet. Sie führt, da der Senat nicht abschließend beurteilen kann, ob das Verhalten des Klägers am 25. Mai 2005 den Beklagten einen wichtigen Grund zur Kündigung iSd. hier einschlägigen § 54 Abs. 1 BAT (*inhaltsgleich: § 626 Abs. 1 BGB*) gab, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung - zusammengefasst - wie folgt begründet: Die Kündigung sei aus wichtigem Grund iSd. § 54 BAT gerechtfertigt. Das Arbeitsgericht sei aufgrund der Beweisaufnahme zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger nach Ablehnung seines Urlaubswunschs damit gedroht habe, am 27. Mai 2005 krank zu sein. Dadurch habe der Kläger seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht grob verletzt. Dem stehe auch der erstmals zweitinstanzlich erhobene Einwand des Klägers, im Zeitpunkt des Geschehens bereits arbeitsunfähig gewesen zu sein, nicht entgegen. Dies spiele keine entscheidende Rolle, weil der Vertrauensbruch des Arbeitnehmers darin liege, dass er bei seinem Arbeitgeber die Vorstellung erzeuge, in Reaktion auf die Verweigerung der Freistellung diese durch Vorlage eines Attests zu erzwingen. Einer Abmahnung habe es nicht bedurft. Dem Kläger sei bewusst gewesen, dass der Wunsch des Arbeitgebers nach seiner Anwesenheit an dem bevorstehenden „Fenstertag“ großes Gewicht gehabt habe. Die Kündigung erweise sich auch im Rahmen der Interessenabwägung als rechtmäßig. Die Verweigerung des Urlaubs sei nicht willkürlich gewesen. Der Kläger habe seine Drohung nicht nur unter vier Augen ausgesprochen, sondern auch nachgeordnete Mitarbeiterinnen hiervon informiert, was als

13

14



schwerwiegende Pflichtverletzung im Rahmen seiner Vorgesetztenstellung zu werten sei. Der Personalrat sei vollständig über die wesentlichen Eckpunkte der Kündigung unterrichtet gewesen. Die Vermutung des Klägers, die Stellungnahme des Personalratsvorsitzenden vom 7. Juni 2005 sei nicht durch einen ihr zugrunde liegenden Beschluss gedeckt, könne die Wirksamkeit der Personalratsbeteiligung nicht in Frage stellen, da allenfalls ein den Beklagten nicht zuzurechnender Fehler in der Sphäre des Personalrats vorliege.

- II. Dem stimmt der Senat nur in Teilen der Begründung zu. 15
1. Die Passivlegitimation der Beklagten und deren ordnungsgemäße Vertretung durch die B bei Ausspruch der Kündigung vom 7. Juni 2005 waren zuletzt zwischen den Parteien unstreitig. Ein Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts ist insoweit nicht zu erkennen. 16
2. Das Landesarbeitsgericht hat die Wirksamkeit der Kündigung im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend nach § 55 Abs. 1, § 54 Abs. 1 BAT beurteilt. Da zur Zeit der Kündigung die Voraussetzungen der sog. tariflichen Unkündbarkeit (§ 53 Abs. 3 BAT) vorlagen, konnte dem Kläger nur noch aus einem in seiner Person oder in seinem Verhalten liegenden wichtigen Grund gekündigt werden (§ 55 Abs. 1 BAT). 17
3. Die Anwendung des in § 54 Abs. 1, § 55 Abs. 1 BAT und inhaltsgleich in § 626 Abs. 1 BGB verwandten, unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung dahin, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (*vgl. etwa Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - mwN, AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7*). 18



4. Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Berufungs- 19
urteil nicht stand. Die Revision rügt zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe
bei der Würdigung, ob ein wichtiger Grund iSd. § 54 Abs. 1 BAT, § 626 Abs. 1
BGB vorliegt, nicht dahinstehen lassen dürfen, ob der Kläger - wie von ihm
behauptet - bereits zu Beginn des Gesprächs mit seinem Vorgesetzten am
25. Mai 2005 erkrankt war. Auf die vom Kläger in diesem Zusammenhang
erhobenen Verfahrensrügen kommt es nicht an.
- a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist bereits die Ankündigung einer 20
zukünftigen, im Zeitpunkt der Ankündigung nicht bestehenden Erkrankung
durch den Arbeitnehmer für den Fall, dass der Arbeitgeber einem un-
berechtigten Verlangen auf Gewährung von Urlaub nicht entsprechen sollte,
ohne Rücksicht auf eine später tatsächlich auftretende Krankheit an sich ge-
eignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abzugeben
(vgl. Senat 5. November 1992 - 2 AZR 147/92 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 4
= EzA BGB § 626 nF Nr. 143; 17. Juni 2003 - 2 AZR 123/02 - AP ZPO 1977
§ 543 Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 4).
- b) Demgegenüber meint das Landesarbeitsgericht die „Androhung“ einer 21
Erkrankung als Reaktion auf ein unberechtigtes Urlaubsverlangen stelle un-
abhängig davon, ob der Arbeitnehmer bei der entsprechenden Erklärung
tatsächlich erkrankt war, an sich einen wichtigen Grund zur Kündigung dar.
Kündigungsrelevant sei der Vertrauensbruch des Arbeitnehmers, der in der
beim Arbeitgeber erzeugten Vorstellung liege, dass er in Reaktion auf die
Verweigerung der Freistellung diese durch Vorlage eines Attests erzwingen
werde. Dieser Argumentation vermag sich der Senat nicht uneingeschränkt
anzuschließen.
- aa) Dem Landesarbeitsgericht ist zuzugeben, dass der Arbeitnehmer dem 22
Arbeitgeber keine ungerechtfertigten Nachteile androhen darf. Versucht der
Arbeitnehmer, einen ihm nicht zustehenden Vorteil durch eine unzulässige
Drohung zu erreichen, so verletzt er bereits hierdurch seine arbeitsvertragliche
Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB). Diese verbietet es, die andere Seite



unzulässig unter Druck zu setzen (vgl. Senat 5. November 1992 - 2 AZR 147/92 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 4 = EzA BGB § 626 nF Nr. 143).

bb) Die Pflichtwidrigkeit der Ankündigung einer Krankschreibung bei objektiv nicht bestehender Erkrankung im Zeitpunkt der Ankündigung liegt jedoch in erster Linie darin, dass der Arbeitnehmer mit einer solchen Erklärung zum Ausdruck bringt, er sei notfalls bereit, seine Rechte aus dem Entgeltfortzahlungsrecht zu missbrauchen, um sich einen unberechtigten Vorteil zu verschaffen (vgl. Senat 5. November 1992 - 2 AZR 147/92 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 4 = EzA BGB § 626 nF Nr. 143; 17. Juni 2003 - 2 AZR 123/02 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 4). Mit einem solchen Verhalten verletzt der Arbeitnehmer seine aus der Rücksichtnahmepflicht folgende Leistungstreuepflicht erheblich. Zugleich wird durch die Pflichtverletzung das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit und Loyalität des Arbeitnehmers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt, so dass in einer solchen Erklärung regelmäßig auch ohne vorausgehende Abmahnung ein die außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigender verhaltensbedingter Grund zur Kündigung liegt. Da der wichtige Grund zur Kündigung in der ausdrücklich oder konkludent erklärten Bereitschaft des Arbeitnehmers zu sehen ist, sich die begehrte Freistellung notfalls durch eine in Wahrheit nicht vorliegende Arbeitsunfähigkeit zu verschaffen, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Arbeitnehmer später (zufällig) tatsächlich erkrankt oder nicht (vgl. statt vieler: *Erk/Müller-Glöge* 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 157; *Stahlhacke/Preis* 9. Aufl. Rn. 686; *Lepke Kündigung bei Krankheit* 13. Aufl. Rn. 650).

cc) Dagegen ist der krankheitsbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet und der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, diese zu verlangen. Dies gilt auch wenn der Arbeitnehmer bislang trotz bestehender Erkrankung - insoweit ggf. überobligatorisch - dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung angeboten haben sollte. Weist ein objektiv erkrankter Arbeitnehmer den Arbeitgeber nach Ablehnung eines kurzfristig gestellten Urlaubsgesuchs darauf hin, „dann sei er eben krank“, schließt dies zwar eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers nicht von vornherein aus. Auch bei tatsächlich bestehender

23

24



Erkrankung ist es dem Arbeitnehmer aufgrund des Rücksichtnahmegebots verwehrt, die Krankheit und ein sich daraus ergebendes Recht, der Arbeit fern zu bleiben, gegenüber dem Arbeitgeber als „Druckmittel“ einzusetzen, um den Arbeitgeber zu einem vom Arbeitnehmer gewünschten Verhalten zu veranlassen. Zudem verlangt die Rücksichtnahmepflicht, den Arbeitgeber nicht im Unklaren darüber zu belassen, ob der Arbeitnehmer berechtigterweise von seinen sich aus einer Erkrankung ergebenden Rechten Gebrauch macht. War der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Ankündigung eines künftigen, krankheitsbedingten Fehlens aber bereits objektiv erkrankt und durfte er davon ausgehen, auch am Tag des begehrten Urlaubs (*weiterhin*) wegen Krankheit arbeitsunfähig zu sein, kann nicht mehr angenommen werden, sein fehlender Arbeitswille und nicht die bestehende Arbeitsunfähigkeit sei Grund für das spätere Fehlen am Arbeitsplatz. Ebenso wenig kann dem Arbeitnehmer dann zum Vorwurf gemacht werden, er nehme notfalls eine wirtschaftliche Schädigung des Arbeitgebers in Kauf, um die von ihm erstrebte Befreiung von der Arbeitspflicht zu erreichen. Unabhängig davon, ob eine bestehende Erkrankung des Arbeitnehmers dazu führt, dass die „Ankündigung“ der Krankschreibung lediglich als Hinweis auf ein ohnehin berechtigtes Fernbleiben von der Arbeit verstanden werden müsste (*vgl. dazu etwa LAG Köln 26. Februar 1999 - 11 Sa 1216/98 - NZA-RR 2000, 25, 26*), wiegt jedenfalls in einem solchen Fall eine mit der Erklärung verbundene Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber regelmäßig weniger schwer. Es kann dann nicht ohne Weiteres von einer erheblichen, eine außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigenden Pflichtverletzung ausgegangen werden.

dd) Der Umstand, dass sich das Verhalten des Arbeitnehmers, der seinen Gesundheitszustand gegenüber dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Ankündigung einer Erkrankung nicht offenbart, aus der subjektiven Sicht des Arbeitgebers gleichwohl als schwerwiegende Pflichtverletzung darstellen mag, verlangt keine andere Bewertung. Der Arbeitgeber mag, soweit der Arbeitnehmer tatsächlich im Anschluss an seine Ankündigung der Arbeit fern bleibt, die Erkrankung als solche anzweifeln, wobei es nahe liegt, den Beweiswert einer vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Fall einer bei Nichtgewährung von Urlaub

25



angekündigten Erkrankung als erschüttert anzusehen (vgl. *Lepke Kündigung bei Krankheit* 13. Aufl. Rn. 648). Spricht der Arbeitgeber - wie vorliegend - indes eine Kündigung wegen „Androhung“ einer zukünftigen Erkrankung aus, kann eine etwaige Erkrankung des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der „Ankündigung“ bei der kündigungsrechtlichen Bewertung des Verhaltens nicht unberücksichtigt bleiben.

- c) Ob hiervon ausgehend im Streitfall ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, steht noch nicht fest. 26
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, der Kläger habe im Anschluss an die Ablehnung seines Urlaubswunschs erklärt, dann eben am 27. Mai 2005 krank zu sein. Hieran ist der Senat mangels diesbezüglicher Verfahrensrügen der Revision gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Auch der Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Verweigerung des Urlaubs sei im Hinblick auf die noch laufenden Jahresabschlussarbeiten nicht willkürlich gewesen, tritt die Revision nicht entgegen. Ein Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts ist insoweit nicht ersichtlich. 27
- bb) Allerdings ist das Landesarbeitsgericht - von seinem rechtlichen Standpunkt ausgehend konsequent - nicht der Frage nachgegangen, ob der Kläger, wie von ihm behauptet, bereits vor dem Gespräch vom 25. Mai 2005 andauernd erkrankt war. Den dahingehenden Vortrag des Klägers hat das Landesarbeitsgericht bislang, auch im Hinblick auf die Frage, ob sich hieraus eine berechnigte Annahme des Klägers ergab, noch am 27. Mai 2005 arbeitsunfähig zu sein, nicht gewürdigt. Dies wird nachzuholen sein, wobei der Senat wegen des dem Landesarbeitsgericht insoweit zukommenden tatrichterlichen Beurteilungsspielraums nur auf Folgendes hinweist: 28
- (1) Das Rechtfertigungsvorbringen des Klägers zu einer bereits am Vormittag des 25. Mai 2005 bestehenden Erkrankung kann nicht von vorneherein deshalb als unschlüssig angesehen werden, weil sich der Kläger erst nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils hierauf berufen hat. Dieser Aspekt kann erst im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung nach § 286 ZPO Berücksichtigung finden. 29



sichtigung finden (zur Schlüssigkeit der Klage bei sich widersprechendem Parteivortrag: BGH 12. Dezember 2001 - X ZR 141/00 - NJW 2002, 1276; 5. Juli 1995 - KZR 15/94 - NJW-RR 1995, 1340; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 66. Aufl. § 286 Rn. 14; Zöller/Greger ZPO 27. Aufl. § 286 Rn. 14).

(2) Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast ist zwar von dem Grundsatz auszugehen, dass dem Arbeitgeber der Vollbeweis für das Vorliegen eines die Kündigung rechtfertigenden Grundes obliegt (st. Rspr., vgl. etwa Senat 6. September 2007 - 2 AZR 264/06 - AP BGB § 626 Nr. 208 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 18; 17. Juni 2003 - 2 AZR 123/02 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 4). Vom Arbeitgeber kann aber nicht verlangt werden nachzuweisen, dass irgendeine Erkrankung im Zeitpunkt der erfolgten Ankündigung einer künftigen Krankmeldung überhaupt nicht vorgelegen haben kann. Es ist deshalb im Rahmen einer sekundären Behauptungslast Sache des Arbeitnehmers vorzutragen, welche konkreten Krankheiten bzw. Krankheitssymptome im Zeitpunkt der Ankündigung der Krankschreibung vorgelegen haben und weshalb der Arbeitnehmer darauf schließen durfte, auch noch am Tag der begehrten Freistellung arbeitsunfähig zu sein. Erst wenn der Arbeitnehmer insoweit seiner Substantiierungspflicht nachgekommen ist und ggf. seine ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbunden hat, muss der Arbeitgeber aufgrund der ihm obliegenden Beweislast den konkreten Sachvortrag des Arbeitnehmers entkräften. Je nach den Umständen des Falls können aber auch die Indizien, die für eine widerrechtliche Drohung des Arbeitnehmers mit einer künftigen, im Zeitpunkt der Ankündigung nicht bestehenden Erkrankung sprechen, so gewichtig sein, dass es dem Arbeitnehmer obliegt, diese zu entkräften (zur fristlosen Kündigung wegen Nebentätigkeiten während des Entgeltfortzahlungszeitraums vgl. Senat 26. August 1993 - 2 AZR 154/93 - BAGE 74, 127, 135 f.). Das Landesarbeitsgericht wird unter diesen Gesichtspunkten das bisherige Vorbringen des Klägers zu seiner Erkrankung zu bewerten und ggf. dem Kläger Gelegenheit zur Ergänzung seines Vorbringens zu geben haben, insbesondere auch hinsichtlich einer Entbindung der ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht.

30

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



cc) Sollte das Landesarbeitsgericht im Rahmen der vorzunehmenden Beweiswürdigung davon ausgehen, der Kläger habe den Beklagten für den Fall der Nichtgewährung des Urlaubs mit einer künftigen, am Vormittag des 25. Mai 2005 noch nicht absehbaren Erkrankung gedroht, läge zwar an sich eine schwerwiegende Pflichtverletzung vor, die grundsätzlich auch eine Abmahnung als entbehrlich erscheinen ließe. Das Landesarbeitsgericht wird dann aber zu berücksichtigen haben, dass auch die von ihm vorgenommene Interessenabwägung nicht in jeder Hinsicht einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand hält.

31

(1) Was den vom Landesarbeitsgericht als erschwerend berücksichtigten Umstand einer Pflichtverletzung des Klägers im Rahmen seiner Vorgesetztenstellung anbelangt, ist schon nicht zu erkennen, dass die diesem Vorwurf zugrunde liegenden Tatsachen dem Personalrat mitgeteilt wurden. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die betreffenden Mitarbeiterinnen gemäß dem eigenen Vorbringen der Beklagten den Kläger in seinem Dienstzimmer aufgesucht und ausdrücklich nach dem Inhalt des Gesprächs mit seinem Vorgesetzten befragt hatten. Dies dürfte in Anbetracht der gleichfalls unstreitigen erheblichen Aufregung des Klägers jedenfalls einer Bewertung seines Verhaltens als schwerwiegende Verletzung seiner Pflichten als Vorgesetzter entgegenstehen.

32

(2) Darüber hinaus lässt die bisherige Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts keine nähere Auseinandersetzung mit der Frage erkennen, ob es den Beklagten angesichts der 31-jährigen, beanstandungsfreien Betriebszugehörigkeit des Klägers, der im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung ein erhebliches Gewicht zukommen musste, nicht zumindest zumutbar war, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum Ablauf einer - hier allerdings tarifvertraglich ausgeschlossenen - ordentlichen Kündigung fortzusetzen bzw. dem Kläger eine der Kündigungsfrist entsprechende fiktive Auslaufrfrist einzuräumen (s. dazu Senat 11. März 1999 - 2 AZR 427/98 - AP BGB § 626 Nr. 150 = EzA BGB § 626 nF Nr. 177). Eine dahingehende Abwägung der beiderseitigen

33



Interessen liegt nach den Gesamtumständen des Falls jedenfalls nicht ganz fern.

5. Soweit es noch auf die Frage der ordnungsgemäßen Personalratsanhörung ankommt, wird das Landesarbeitsgericht auch diesbezüglich den Sachverhalt weiter aufzuklären haben. Seine bisherigen Feststellungen tragen nicht die Annahme, der Personalrat sei vor Zugang der Kündigung vom 7. Juni 2005 ordnungsgemäß beteiligt worden. 34
- a) Da die Geschäftsführung sämtlicher Beklagten der B als einer dem Bayerischen Staatsministerium des Innern unmittelbar nachgeordneten staatlichen Oberbehörde obliegt, kommt das Bayerische Personalvertretungsgesetz zur Anwendung (*vgl. Altvater/Hamer/Ohnesorg/Peiseler BPersVG 6. Aufl. § 88 Rn. 25*). 35
- b) Gemäß Art. 77 Abs. 3 BayPVG ist der Personalrat vor außerordentlichen Kündigungen anzuhören. Der Dienststellenleiter hat die beabsichtigte Maßnahme zu begründen. Hat der Personalrat Bedenken, so hat er sie unter Angabe der Gründe dem Dienststellenleiter unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Arbeitstagen, schriftlich mitzuteilen. Nach Art. 77 Abs. 4 BayPVG ist eine Kündigung unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist. Diese Rechtsfolge tritt auch bei nicht ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats ein (*vgl. Senat 24. Juni 2004 - 2 AZR 461/03 - AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 9; 21. Juni 2001 - 2 AZR 30/00 - EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 7*). 36
- c) Danach sind inhaltliche Fehler bei der Unterrichtung des Personalrats, wovon das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgegangen ist, unter Beachtung des Grundsatzes der subjektiven Determinierung (*vgl. dazu nur Senat 21. Juni 2001 - 2 AZR 30/00 - mwN, EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 7*) nicht zu erkennen. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen. 37
- d) Die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts rechtfertigen indes nicht die Annahme, dass die Beklagten aufgrund des Vermerks des 38



Personalratsvorsitzenden vom 7. Juni 2005 von einer insoweit abschließenden Stellungnahme des Personalrats zur Kündigung ausgehen durften.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats führen Mängel des Anhörungsverfahrens, die im Verantwortungsbereich der Arbeitnehmervertretung - hier des Personalrats - liegen, grundsätzlich auch dann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Anhörung, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung weiß oder erkennen kann, dass der Personalrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt hat. Solche Fehler gehen schon deshalb nicht zu Lasten des Arbeitgebers, weil dieser keine wirksamen rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die Beschlussfassung der Arbeitnehmervertretung hat (*vgl. zur Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG: Senat 6. Oktober 2005 - 2 AZR 316/04 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 150 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 16; 16. Januar 2003 - 2 AZR 707/01 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 129 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 2*). Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn für den Arbeitgeber erkennbar keine Stellungnahme des Gremiums, sondern nur eine persönliche Äußerung eines Mitglieds der Arbeitnehmervertretung vorliegt oder der Arbeitgeber den Fehler selbst veranlasst hat (*Senat 6. Oktober 2005 - 2 AZR 316/04 - aaO; 16. Januar 2003 - 2 AZR 707/01 - aaO*).

39

bb) Der Kläger hat geltend gemacht, es sei offenkundig gewesen, dass zwischen der zweiten Anhörung des Personalrats und dem auf der ersten Stellungnahme des Personalrats vom 1. Juni 2005 angebrachten Wiederholungsvermerk keine Beschlussfassung des Personalrats liegen konnte, was ersichtlich die Behauptung einschließt, der Arbeitgeber habe lediglich von einer persönlichen Äußerung des Personalratsvorsitzenden ausgehen dürfen. Demgegenüber haben die Beklagten, ohne hierzu allerdings nähere Angaben zu machen, vorgetragen, die Zeitspanne zwischen der zweiten Anhörung und der Rückgabe der Stellungnahme mit dem Vermerk sei ausreichend gewesen, um einen entsprechenden Beschluss des Personalrats zu fassen (*vgl. dazu auch Senat 16. Januar 2003 - 2 AZR 707/01 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 129 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 2*); auch sei der Personalratsvorsitzende nicht dazu

40



gedrängt worden, den handschriftlichen Wiederholungsvermerk anzubringen. Dieser Vortrag lässt mangels ausreichender Substantiierung keine abschließende rechtliche Bewertung zu, ob der Personalrat ordnungsgemäß beteiligt worden ist. Das Landesarbeitsgericht wird daher - soweit erforderlich - den zeitlichen Ablauf der Personalratsbeteiligung weiter aufzuklären und ggf. nach diesbezüglicher Ergänzung des Vorbringens der Beklagten die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

Rost

Eylert

Berger

Dr. Roeckl

Jan Eulen

