

Aktenzeichen: 2 AZR 318/88

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 26. Januar 1989
- 2 AZR 318/88 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 17. April 1986
Frankfurt am Main - 13 Ca 157/85 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 9. März 1988
Frankfurt am Main - 2 Sa 1256/86 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung eines Flugingenieurs wegen luftfahrt-
rechtlichen Beschäftigungsverbots

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung; BGB §§ 162, 315,
§ 620 Bedingung; ZPO §§ 314, 561; TVG § 1 Tarifverträge:
Luftfahrtunternehmen; Manteltarifvertrag Nr. 3 Bordpersonal
für die Deutsche Lufthansa und die Condor Flugdienst GmbH
vom 8. April 1980 (MTV Bord) §§ 21, 22, 26; Verordnung über
Luftfahrtpersonal (LuftPersV) vom 9. Januar 1976 (BGBI I
S. 53, 1097) §§ 58, 61, 70; Betriebsordnung für Luftfahrt-
gerät (LuftBO) vom 4. März 1970 (BGBI I S. 262) §§ 37, 42;
Erste Durchführungsverordnung zur Betriebsordnung für Luft-
fahrtgerät (Erste DVO LuftBO) vom 15. Juli 1970 (BGBI III
96-1-14-1) § 53

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Einsatzverbot für Flugingenieur wegen Nichtbestehens eines
Prüffluges (Simulator-Check).



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 318/88

2 Sa 1256/86 Frankfurt am Main

Verkündet am
26. Januar 1989

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Urteil

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bächle und Walter für Recht erkannt:



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



1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 9. März 1988 - 2 Sa 1256/86 - aufgehoben, soweit es über die vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten und über die Kosten entschieden hat.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 17. April 1986 - 13 Ca 157/85 - wird zurückgewiesen, soweit das Arbeitsgericht der gegen die vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten gerichteten Klage stattgegeben hat.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 1/4, die Beklagte 3/4.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der im Jahre 1947 geborene Kläger wurde durch Arbeitsvertrag vom 28. September 1977 von der Beklagten ab 1. Januar 1978 als I. Flugingenieur auf dem Flugzeugmuster Boeing B 727 eingestellt. Beschäftigungsort war Frankfurt am Main. Sein letztes Bruttomonatsgehalt betrug 6.583,-- DM. Bei Vertragsabschluß hatte er die Lizenz als Verkehrsflugzeugführer für das Flugzeugmuster Fokker F 27. In Ziff. 7 des Arbeitsvertrages war folgendes vereinbart:

"Die (Bekl.) hat keine Einwände dagegen, daß der Mitarbeiter seine Lizenz als Flugzeugführer auf privater Basis aufrechterhält."

Nach Ziff. 4 des Arbeitsvertrages sollten sich die Rechte und Pflichten des Klägers "aus den jeweils gültigen Tarifverträgen für das Bordpersonal sowie Betriebsvereinbarungen und Dienst-



vorschriften" ergeben. Demgemäß galt für das Arbeitsverhältnis ab 1. Januar 1979 der zwischen der Arbeitsrechtlichen Vereinigung Hamburg e.V. und der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr abgeschlossene Manteltarifvertrag Nr. 3 Bordpersonal vom 8. April 1980 (künftig: MTV Bord) in der jeweils gültigen Fassung. Dieser Tarifvertrag enthält u.a. folgende Bestimmungen:

"§ 21

Beendigung des Arbeitsverhältnisses
wegen Verlustes der behördlichen
Erlaubnisscheine

- (1) Verliert ein Angehöriger des Bordpersonals die Berechtigung zur Ausübung seines Berufes durch Verfall oder Entzug der behördlichen Erlaubnis/Bestätigung aus anderen Gründen als aus denen körperlicher Untauglichkeit im Sinne des vorstehenden Paragraphen, so entfällt mit dem Tage des Lizenzverlustes jeder Vergütungsanspruch, es sei denn, haben den Verlust der Erlaubnis/Bestätigung zu vertreten.
- (2) Haben den Lizenzverlust nicht zu vertreten, so sind sie berechtigt, das Arbeitsverhältnis nach Kenntnis des Sachverhaltes unter Einhaltung der Kündigungsfrist gemäß § 22 zum Vierteljahresende zu kündigen, sofern nicht ein Grund zur fristlosen Entlassung gegeben ist.

§ 22

Kündigung

- (1) Bei den Flugbegleitern gelten die ersten 3 Monate der Beschäftigung als Probezeit. Die Probezeit kann aus in der Person des Flugbegleiters liegenden Gründen um weitere 3 Monate verlängert werden.

Bei den übrigen Angehörigen des Bordpersonals gilt das erste Jahr der Beschäftigung als Probezeit.

Innerhalb der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist 6 Wochen.



(2) Im übrigen beträgt die Kündigungsfrist bei einer Beschäftigung

- bis zu 5 Jahren
6 Wochen zum Schluß eines Kalendervierteljahres
- von mehr als 5 Jahren bis zu 8 Jahren
3 Monate zum Schluß eines Kalendervierteljahres
-

§ 26

Allgemeine Pflichten

Für die Angehörigen des Bordpersonals gelten die jedem Angestellten obliegenden Pflichten, insbesondere und das Verbot der Nebenbeschäftigung ohne Genehmigung des Arbeitgebers....."

Anfang Januar 1985 liefen die dem Kläger jeweils für 12 Monate erteilte Erlaubnis (Lizenz) zur Ausübung der Tätigkeit eines Flugingenieurs an Bord von Luftfahrzeugen sowie die für die Ausübung dieser Tätigkeit weiterhin erforderliche Musterberechtigung für das Flugzeugmuster B 727 ab. Er unterzog sich deshalb am 8. Januar 1985 einem sog. "Base-Check" (Grundüberprüfung) auf einem Simulator der Beklagten, den er nicht bestand. Ein auf seinen Wunsch auf den 11. Januar 1985 angesetzter Wiederholungscheck blieb ebenfalls erfolglos. Beide Checks wurden von Angestellten der Beklagten abgenommen, die vom Luftfahrt-Bundesamt anerkannte Sachverständige sind.

Für die Zeit vom 14. bis 26. Januar 1985 hatte der Kläger Urlaub beantragt. Am 14. Januar 1985 suchte er in Düsseldorf einen Facharzt für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten auf und meldete sich bei der Beklagten bis 18. Januar 1985 arbeitsunfähig.



krank. In einer Unterredung vom 16. Januar 1985 gab er der Beklagten gegenüber seine Krankheit als Grund für das Nichtbestehen der beiden Checks an und bat, ihm Gelegenheit zu einer weiteren Wiederholungsprüfung zu geben. Vom 21. bis 26. Januar 1985 gewährte ihm die Beklagte Urlaub.

Nach der Unterredung vom 16. Januar 1985 erwog die Beklagte eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers wegen Lizenzverlusts. Hiergegen wandte sich die bei der Beklagten bestehende Personalvertretung mit Schreiben vom 24. Januar 1985. Auf Bitten der Beklagten reichte der Kläger am 28. Februar 1985 ein am 25. Februar ausgestelltes Attest seines Facharztes ein. Darin wurde bestätigt, daß der Kläger wegen Mandelentzündung und einer weiteren Krankheit vom 14. bis 18. Januar 1985 arbeitsunfähig krank gewesen sei und diese Krankheiten offensichtlich schon vor dem 14. Januar 1985 bestanden hätten. Am 5. März 1985 bot die Beklagte dem Kläger an, nach Durchführung von zwei Trainingseinheiten am 11. und 12. März am 13. März 1985 einen Simulatorcheck unter Aufsicht eines ihrer Prüfsingenieure durchzuführen, sofern er sich damit einverstanden erklärte, bei einem erneuten Nichtbestehen eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu akzeptieren. Der Kläger war hierzu nicht bereit, sondern bat um Bedenkzeit. Unter dem 11. März 1985 teilte er der Beklagten mit, daß er jederzeit für ein Nachtraining mit Simulatorcheck zur Verfügung stehe.

Mit Schreiben vom 7. März 1985 unterrichtete die Beklagte die Personalvertretung von ihrer Absicht, dem Kläger wegen Li-



zenzverlusts ordentlich zu kündigen. Die Personalvertretung widersprach mit Schreiben vom 14. März 1985; sie führte darin u.a. aus, der Kläger besitze einen Luftfahrerschein für Flugingenieure, bemühe sich zur Zeit um die Erneuerung des zugehörigen Beiblattes und werde dieses - nach seinen Aussagen - in Kürze erhalten.

Für die Zeit vom 7. bis 26. Januar 1985 hatte sich der Kläger für einen Grundkurs zur Erlangung der Flugzeugführerlaubnis für das Flugzeugmuster "Caravelle" angemeldet, der von dem Luftfahrtunternehmen S in M durchgeführt wurde. Am 13. März 1985 wurde der Beklagten mitgeteilt, daß der Kläger an diesem Kurs teilgenommen habe. Daraufhin unterrichtete sie die Personalvertretung in einem Schreiben vom 19. März 1985 von ihrer Absicht, dem Kläger wegen Teilnahme an dem Grundkurs fristlos zu kündigen. Der Kläger habe zwischenzeitlich ein Typen-Rating (Musterberechtigung) für das Flugzeugmuster Caravelle erhalten. Er habe dem Flugbetriebsleiter der Firma S erklärt, er sei von ihr für die Teilnahme an dem Kurs freigestellt worden. In einer Unterredung am 19. März 1985 habe er sein Verhalten damit begründet, daß er seine berufliche Qualifikation habe verbessern wollen. Er habe weiter behauptet, an den für die Base-Checks vorgesehenen Tagen sowie während seiner Krankheit den Grundkurs nicht besucht zu haben. Dieses Verhalten stelle einen massiven Vertrauensbruch dar. Insbesondere der Umstand, daß der Kläger bei einem Konkurrenzunternehmen, in welcher Form auch immer, tätig geworden sei, mache ihr eine weitere Zusammenarbeit mit ihm unmöglich. Vorsorglich werde sie auch, wie im Schreiben

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



vom 7. März 1985 angekündigt, das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen.

Am 20. März 1985 erteilte das Luftfahrt-Bundesamt dem Kläger im Beiblatt zum Luftfahrerschein für Flugingenieure die Erlaubnis für Flugingenieure bis zum 10. Januar 1986, nachdem er zuvor bei dem Luftfahrtunternehmen J auf einem Simulator des portugiesischen Unternehmens T in L einen Check bestanden hatte.

Mit Schreiben vom 22. März 1985 kündigte die Beklagte dem Kläger "fristlos" zum 25. März 1985, vorsorglich fristgemäß zum 30. Juni 1985. Zur Begründung der fristlosen Kündigung wiederholte sie im wesentlichen den im Schreiben an die Personalvertretung vom 19. März 1985 geschilderten Sachverhalt und führte weiter aus, der Kläger habe auch das Simulator- und Flugtraining bei der Firma S durchgeführt, wobei diese zunächst die Ausbildungskosten übernommen und er sich verpflichtet habe, diese auf "freelance basis" abzufliegen. Weiter heißt es in diesem Schreiben, soweit von Interesse, wie folgt:

"Vor dem Hintergrund, daß Sie über das Nichtbestehen der o.g. beiden Basechecks zur Erhaltung Ihrer Lizenz als Flugingenieur auf dem Muster B 727 die Erklärung abgaben, Sie seien von den Vorboten einer herannahenden Erkrankung gesundheitlich beeinträchtigt gewesen, stellt Ihr Verhalten für uns einen außerordentlich schweren Verstoß gegen Ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen dar. Ihre Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis wäre es gewesen, das Mögliche zur schnellen Wiederherstellung Ihrer Arbeitsfähigkeit zu tun.

Stattdessen haben Sie an der besagten Umschulung zum Flugzeugführer bei S teilgenommen.



Bezüglich des Ihnen im Anschluß an Ihre "Erkrankung" gewährten Erholungsurlaubes haben Sie uns glauben machen wollen, daß Sie einen Ferienaufenthalt in der Schweiz gebucht hätten. (So jedenfalls Ihre Einlassung in der Anhörung am 23.1.1985). Sie haben uns demnach über Ihre wahren Absichten wissentlich getäuscht.

Ihr Verhalten stellt für uns einen derart massiven Vertrauensbruch dar, daß eine weitere Zusammenarbeit mit Ihnen nicht möglich ist. Gemäß § 26 MTV Bord wären Sie verpflichtet gewesen, vor Beginn des Ausübens einer Nebentätigkeit die Zustimmung der C einzuholen. Dies haben Sie nicht getan.

Ihnen ist hierbei zusätzlich erschwerend vorzuwerfen, daß Sie bei einem Konkurrenzunternehmen unseres Hauses tätig geworden sind bzw. tätig werden wollten.

Außerdem kündigen wir - wie Ihnen bereits mündlich angekündigt - das Arbeitsverhältnis mit Ihnen vorsorglich gemäß § 21 MTV Bord wegen des von Ihnen zu vertretenden Fehlens einer gültigen Lizenz als Flugingenieur auf dem Flugzeugmuster B 727 unter Wahrung der in § 22 MTV Bord vorgesehenen Frist ordnungsgemäß zum 30.6.1985."

Mit der bei Gericht am 10. April 1985 eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen diese Kündigungen gewandt und seine Weiterbeschäftigung als Flugingenieur verlangt. Er hat vorgetragen, die Base-Checks bei der Beklagten habe er aus gesundheitlichen Gründen nicht bestanden. Bereits am 8. Januar 1985 habe er sich krank gefühlt. Am 11. Januar habe sich die Krankheit - wie sich später herausgestellt habe, eine verschleppte Mandelentzündung -, verstärkt. Er habe der Beklagten hiervon nichts gesagt, weil er geglaubt habe, den ersten Check zu bestehen und vor dem zweiten Check sich einen Hinweis auf eine Erkrankung nicht leisten zu können. Die nochmalige Wiederholung des Checks habe die Beklagte in der Unterredung vom 5. März 1985 von seinem Einverständnis mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Falle des Nichtbestehens abhängig gemacht, das er in einem vorgefertigten



Schriftstück habe erklären sollen. Er habe dies verweigert, weil die Beklagte ihm nur wenige Minuten Bedenkzeit eingeräumt habe.

An dem Grundkurs bei der Firma S habe er ausschließlich in seiner Freizeit und nicht während seiner Erkrankung vom 14. bis 18. Januar 1985 teilgenommen. Er habe mit diesem Unternehmen vereinbart, die Ausbildungskosten innerhalb von drei Jahren zurückzuzahlen oder auf Freelance-Basis abzufliegen. Bis zum Zugang des Kündigungsschreibens habe er sich noch nicht für eine der beiden Möglichkeiten entschlossen gehabt. Erstmals am 4. April 1985 habe er bei der Firma S eine entgeltliche Tätigkeit ausgeübt. Eine Konkurrenztaetigkeit habe er nicht beabsichtigt. Zur Teilnahme an Kursen und Prüfungen für die Flugzeugführererlaubnis für das Muster Caravelle sei er gemäß Ziff. 7 des Arbeitsvertrages berechtigt gewesen.

Auch die ausschließlich auf die angeblich fehlende Lizenz für Flugingenieure auf dem Flugzeugmuster B 727 gestützte ordentliche Kündigung sei unberechtigt. Er habe vor Zugang des Kündigungsschreibens diese Lizenz besessen. Der Simulator der Firma T in L werde von der D anerkannt, die zur selben Zeit, in der er dort den Check durchgeführt habe, eigenes Personal auf diesem Gerät geschult habe. Die von der D und der Beklagten eingesetzten Flugzeuge des Musters B 727 verfügten über dieselbe Ausstattung. Zuständig für die Erteilung der Lizenz für Flugingenieure sei ausschließlich das Luftfahrt-Bundesamt. Allein der Verlust dieser behördlichen Erlaubnis sei aber in § 21 MTV Bord als Kündigungsgrund angeführt.



Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die in dem Schreiben der Beklagten vom 22. März 1985 ausgesprochenen Kündigungen nicht aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den bisherigen vertraglichen Bedingungen als Flugingenieur auf dem Flugzeugmuster Boeing B 727 weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat sich zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung zusätzlich zu ihrem Kündigungsschreiben darauf berufen, der Kläger habe die vor den beiden erfolglosen Base-Checks an ihn gerichtete Frage, ob ihrer Durchführung etwas entgegenstehe, ausdrücklich verneint und selbst eine kurzfristige Wiederholung gewünscht. Die ihm am 5. März 1985 angebotene zweite Wiederholung des Checks habe er grundlos abgelehnt. Hierzu hat die Beklagte in dem Schriftsatz vom 17. Mai 1985 und in der Berufungsbegründung vorgebracht, sie habe ihm erklärt, bei Nichtbestehen des Checks sei eine Kündigung unvermeidlich. Hiervon habe der Kläger lediglich Kenntnis nehmen und dies auf einem vorgelegten Schriftstück bestätigen sollen. Im Schriftsatz vom 21. August 1985 hat die Beklagte vorgebracht, sie habe dem Kläger einen nochmaligen Check angeboten, sofern er sich damit einverstanden erkläre, bei einem erneuten Nichtbestehen eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu akzeptieren. In der Berufungsbegründung hat sie formuliert, sie sei zu dem Check nur unter bestimmten Voraussetzungen bereit



gewesen. Hierzu habe "das Einverständnis und die Unterzeichnung" des hierzu vorbereiteten Schriftstücks durch den Kläger gezählt, in dem ihm für den Fall des Nichtbestehens die sofortige Kündigung angekündigt worden sei. Ihm sei bewußt gewesen, daß er zunächst mit der Absicht einer ordentlichen Kündigung konfrontiert gewesen sei. Wäre er auf diesen Vorschlag eingegangen, hätte sie wegen der bis zu diesem Zeitpunkt bekannten Vorfälle ihre Kündigungsabsicht aufgeben.

Die Beklagte hat weiter vorgebracht, der Kläger sei gemäß Ziff. 7 des Arbeitsvertrages lediglich zur Aufrechterhaltung seiner Flugzeugführerlizenz für das Flugzeugmuster Fokker F 23 berechtigt gewesen, die er bei Vertragsabschluß besessen habe, und nicht für beliebig andere Flugzeugmuster. Bereits die Teilnahme an dem Grundkurs für eine Flugzeugführerlaubnis für das Muster Caravelle bei einem Konkurrenzunternehmen habe deshalb eine genehmigungspflichtige Nebentätigkeit im Sinne des § 26 MTV Bord dargestellt. Er sei bereits unmittelbar nach erfolgreicher Kursteilnahme bis April/Mai 1985 als Flugzeugführer auf diesem Muster für die Firma S als "Freelancer", d.h. freiberuflich auf Stundenlohnbasis, geflogen. Bereits die Kursteilnahme auch während der Krankheit, die er als Grund für das Nichtbestehen der beiden Base-Checks vorgegeben habe, stelle einen massiven Vertrauensbruch und damit einen wichtigen Kündigungsgrund dar.

Zur Rechtfertigung der vorsorglichen ordentlichen Kündigung hat die Beklagte ausgeführt, sie habe den Kläger in ihrem Unter-



nehmen nicht als Flugingenieur auf dem Muster B 727 einsetzen dürfen, obwohl er den Check auf dem Simulator der Firma T bestanden und das Luftfahrt-Bundesamt seine Flugingenieurlizenz verlängert habe. Die Lizenz als Flugingenieur mit Musterberechtigung allein reiche für die Ausübung einer Tätigkeit als Flugingenieur in einem bestimmten Unternehmen nicht aus. Nach § 42 Abs. 2 der Betriebsordnung für Luftfahrtgerät (LuftBO) vom 4. März 1970 müsse der Unternehmer die Prüfungen speziell für das bei ihm eingesetzte Fluggerät nach einem von der Aufsichtsbehörde anerkannten Schulungsprogramm abnehmen. Ihre hierfür maßgebende Dienstvorschrift (DVFLI) sehe in Kap. 8.8.3 vor, daß vom Chefingenieur über den weiteren Einsatz eines Flugingenieurs endgültig zu entscheiden sei, wenn dieser zwei aufeinanderfolgende Base-Checks (Grundüberprüfungen) nicht bestanden habe. Diese Ansicht vertrete auch das Luftfahrt-Bundesamt in seinen Schreiben vom 5. Juni und 14. August 1985.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat nach Vernehmung mehrerer Zeugen dieses Urteil teilweise abgeändert. Es hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 22. März 1985 am 30. Juni 1985 geendet hat, im übrigen die Klage abgewiesen und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat nur der Kläger, zunächst in vollem Umfang seines Unterliegens, Revision eingelegt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat er den Weiterbeschäftigungsantrag



mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen und beantragt, das arbeitsgerichtliche Urteil in seinem Ausspruch zur ordentlichen Kündigung der Beklagten wiederherzustellen. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist in dem vom Kläger noch aufrecht erhaltenen Umfang begründet. Sie führt zur Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils, soweit es die vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten für sozial ungerechtfertigt erachtet hat.

A. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur noch die Wirksamkeit der vorsorglichen ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 22. März 1985. Die Beklagte hat gegen das Berufungsurteil keine Revision eingelegt. Damit steht rechtskräftig fest, daß die fristlose Kündigung der Beklagten vom 22. März 1985 rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis jedenfalls bis zum 30. Juni 1985 fortbestanden hat. Den Weiterbeschäftigungsantrag hat der Kläger in der Revisionsverhandlung mit Zustimmung der Beklagten wirksam zurückgenommen (§ 269 Abs. 1 und 2 ZPO).

B.1. Das Berufungsgericht hat die fristlose Kündigung wegen Feh-
lens eines wichtigen Grundes für rechtsunwirksam angesehen. Hier-
zu hat es ausgeführt, der Kläger habe durch sein Verhalten im
Zusammenhang mit der Teilnahme an dem von der Firma S

, einem Konkurrenzunternehmen der Beklagten, durchgeführten
Grundkurs gegenüber der Beklagten einen erheblichen Vertrauens-



bruch begangen. Dieser sei aber nicht so schwerwiegend, um bei Abwägung aller Umstände und Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen einen wichtigen Kündigungsgrund darzustellen. Der Kläger habe sich offenbar subjektiv nach Ziff. 7 des Arbeitsvertrages auch zum Erwerb einer neuen Flugzeugführerlizenz für berechtigt angesehen. Auch habe er der Beklagten keinen Schaden zugefügt. Denn er sei erstmals am 4. April 1985 und somit nach Zugang der Kündigungen als sog. Freelancer für die Firma S geflogen. Der Beklagten sei deshalb die Aufrechterhaltung des immerhin sieben Jahre bestehenden Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten gewesen.

2. Die Beklagte sei jedoch am 22. März 1985 nach §§ 21, 22 MTV Bord zum Ausspruch der fristgemäßen Kündigung berechtigt gewesen. Denn der Kläger sei nicht mehr im Besitz einer gültigen Erlaubnis zur Ausübung seines Berufs als Flugingenieur auf der B 727.

Unstreitig habe die Beklagte dem Kläger am 5. März 1985 die Durchführung eines dritten Simulatorchecks angeboten. Voraussetzung sei allerdings die Bereitschaft des Klägers gewesen, eine schriftliche Erklärung mit dem Inhalt zu unterzeichnen, daß das Arbeitsverhältnis bei erneutem Nichtbestehen des Checks aufgelöst werden solle. Der Kläger habe eine solche Erklärung nicht unterzeichnet, so daß der Check nicht durchgeführt worden sei. Dies habe zur Folge gehabt, daß der Kläger bei Zugang der Kündigung über keine für den Betrieb der Beklagten gültige Lizenz als Flugingenieur auf dem Muster B 727 verfügt habe.



Dem stehe nicht entgegen, daß er seit dem 20. März 1985 im Besitz eines vom Luftfahrt-Bundesamt ausgestellten neuen Beiblatts zum Luftfahrerschein für Flugingenieure gewesen sei. Nach § 42 Abs. 2 LuftBO vom 4. März 1970 (BGBl. I S. 262) und § 53 Abs. 1 bis 4 der Ersten Durchführungsverordnung zur Betriebsordnung für Luftfahrtgerät (Erste DVO LuftBO) vom 15. Juli 1970 (BGBl. III 96-1-14-1) müsse die Beklagte die Schulung der Flugbesatzung nach einem von der Aufsichtsbehörde anerkannten Schulungsprogramm sicherstellen. Nach ihrem unbestrittenen Vortrag werde dieses Programm im Betrieb der Beklagten durch vom Luftfahrt-Bundesamt ausdrücklich anerkannte Sachverständige, zu denen die Zeugen M und F gehörten, die die beiden vom Kläger nicht bestanden Checks durchgeführt hätten, durchgeführt und überwacht. Der vom Kläger am 18. März 1985 bei der J abgelegte Check als Flugingenieur auf dem Muster B 727 ersetze nicht die behördlicherseits von der Beklagten geforderte Schulung und Überprüfung des Klägers als Flugzeugbesatzungsmitglied. Die vom Kläger erlangte Erlaubnis für Flugingenieure auf diesem Muster habe die Beklagte nicht anerkennen dürfen, weil er den Check auf einem Simulator einer anderen Fluggesellschaft abgelegt habe, der nicht für den Betrieb der Beklagten zugelassen gewesen sei.

Damit habe der Kläger nicht über eine gültige Lizenz für die bei der Beklagten eingesetzten Flugzeuge des Musters B 727 verfügt. Dieses von zahlreichen Fluggesellschaften eingesetzte Muster weise in technischer Hinsicht, insbesondere in der Instrumentenbestückung, erhebliche Unterschiede auf. Das Schulungsprogramm müsse auf die von der jeweiligen Fluggesellschaft einge-



setzten Muster abgestimmt sein. Die Schulung müsse die der Beklagten obliegende Überwachungspflicht gewährleisten, deshalb auf ihren Schulungsgeräten und von ihren hierzu berufenen und vom Luftfahrt-Bundesamt anerkannten Sachverständigen durchgeführt werden. Für Flugeinsätze bei der Beklagten reiche daher eine in einem anderen Unternehmen erworbene Lizenz nicht aus. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten entspreche die technische Ausstattung des Simulators, auf dem der Kläger seine Checks habe absolvieren müssen, der Instrumentenausstattung aller von ihr eingesetzten Linienmaschinen des Musters B 727. Dies ergebe sich aus den Schreiben des Luftfahrt-Bundesamtes vom 5. Juni und 14. August 1985. Hiergegen könne der Kläger nicht mit Erfolg einwenden, er habe den Simulatorcheck, aufgrund dessen er die Lizenz am 20. März 1985 erhalten habe, auf einem Simulator in L bestanden, bei dem es sich um den einzigen von der D

außerhalb Deutschlands akzeptierten und nicht L eigenen Simulator gehandelt habe. Der Stellungnahme des Luftfahrt-Bundesamtes vom 5. Juni 1985 sei nämlich zu entnehmen, daß nach § 42 Abs. 2 LuftBO der Unternehmer ein Schulungsprogramm für die Flugbesatzung zu erstellen habe und nach § 53 Erste DVO LuftBO die Schulung von der Aufsichtsbehörde anerkannt sein und sich auf die Zusammenarbeit der Besatzung sowie auf Notverfahren und Gefahrenlagen in Flugzeugmustern, in denen die Besatzung Dienst tue, erstrecken müsse. Diese Checks würden durch hierzu berufene und vom Luftfahrt-Bundesamt anerkannte Sachverständige abgenommen. Wie das Luftfahrt-Bundesamt in dem Fernschreiben vom 5. Juni 1985 ausgeführt habe, könne der Unternehmer den genannten Verpflichtungen nicht dadurch nachkommen, daß er

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



sich auf das Urteil von Personen verlasse, die mit den Erfordernissen seines Unternehmens nicht vertraut seien. Der Kläger habe eine für das Unternehmen der Beklagten gültige Lizenz nur durch das Bestehen eines von einem durch das Luftfahrt-Bundesamt anerkannten Checkingenieur der Beklagten abgenommenen Checks erwerben können. Seine Kündigung zum 30. Juni 1985 sei daher nach den §§ 21, 22 MTV Bord berechtigt.

C. Wie sich aus der vorstehend wiedergegebenen Urteilsbegründung ergibt, hat das Berufungsgericht die Berechtigung der vorsorglichen ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 22. März 1985, entgegen der Ansicht der Beklagten, allein mit dem Fehlen einer gültigen Lizenz begründet und auf die §§ 21, 22 MTV Bord gestützt. Das Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit dem Besuch des Grundkurses bei der Firma S hat es allein unter dem Gesichtspunkt des wichtigen Grundes für die fristlose Kündigung der Beklagten gewürdigt. Es hat insoweit zwar eine Vertragspflichtverletzung des Klägers angenommen, diese jedoch im Rahmen der Interessenabwägung zur Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung nicht für ausreichend angesehen, sondern es für die Beklagte als zumutbar erachtet, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Eine weitergehende Würdigung, ob diese Pflichtverletzung auch die ordentliche Kündigung sozial rechtfertige, das Arbeitsverhältnis somit aus diesem Grund zum Kündigungstermin beendet worden sei, hat es damit nicht vorgenommen.



D. Diese vom Berufungsgericht allein zur sozialen Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung der Beklagten gegebene Begründung vermag das angefochtene Urteil jedoch nicht zu tragen.

I. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, daß die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung den Kläger nicht als Flugingenieur auf einem ihrer Flugzeuge des Musters B 727 einsetzen durfte, ist ihm jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen.

1. Der Kläger besaß mit der Erneuerung der Erlaubnis in dem Beiblatt zu seinem Luftfahrerschein durch das Luftfahrt-Bundesamt am 20. März 1985 die zur Ausübung seines Berufs als Flugingenieur auf dem Flugzeugmuster B 727 erforderliche behördliche Erlaubnis.

a) Der Kläger bedurfte nach § 4 Abs. 1 LuftVG, §§ 58 ff. LuftPersV zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis für Flugingenieure. Sie wird gemäß § 58 Abs. 1 und 2, § 61 Abs. 1 LuftPersV durch Aushändigung des Luftfahrerscheins für Flugingenieure auf die Dauer von zwölf Monaten erteilt und berechtigt zur Ausübung der Tätigkeit eines Flugingenieurs an Bord von Luftfahrzeugen des im Luftfahrerschein eingetragenen Musters. Sie kann gemäß § 61 Abs. 2 und 3 LuftPersV um zwölf Monate verlängert oder nach ihrem Ablauf erneuert werden, wenn der Bewerber 30 Stunden als Flugingenieur innerhalb der letzten zwölf Monate vor Ablauf ihrer Gültigkeit nachweist.

Der Kläger benötigte weiter die Berechtigung für das in seinem Luftfahrerschein eingetragene Muster (Musterberechtigung),



deren Gültigkeitsdauer sich nach der gemäß § 61 Abs. 4 LuftPersV entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 70 Abs. 1 LuftPersV nach der zugrundeliegenden Erlaubnis bemißt und somit ebenfalls zwölf Monate beträgt. Entsprechend § 70 Abs. 2 LuftPersV kann auch die Musterberechtigung verlängert werden. Hierfür hat der Flugingenieur in den letzten drei Monaten vor Ablauf der Gültigkeit der Musterberechtigung oder vor Stellung des Antrags auf Erneuerung der Musterberechtigung in einem Überprüfungsflug mit einem von der Erlaubnisbehörde anerkannten Sachverständigen nachzuweisen, daß seine Befähigung als Flugingenieur fortbesteht. Die Erlaubnisbehörde kann zulassen, daß der Überprüfungsflug ganz oder teilweise durch eine entsprechende Überprüfung auf einem vom Luftfahrt-Bundesamt anerkannten Flugübungsgerät (Simulator) des betreffenden Musters ersetzt wird.

b) Die Erlaubnis des Klägers für Flugingenieure und demgemäß auch die Musterberechtigung für das Muster B 727 waren nach der Feststellung im unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils bis 1. Januar, richtig wohl - vgl. die Einlassung der Beklagten Bl. 40 VorA - bis 10. Januar 1985, befristet. Nachdem er beide Base-Checks Anfang Januar 1985 nicht bestanden hatte, waren die Gültigkeit seiner Erlaubnis für Flugingenieure und seine Musterberechtigung für das Muster B 727 spätestens am 10. Januar 1985 abgelaufen. Sie konnten jedoch gemäß § 61 Abs. 3, § 70 Abs. 2 LuftPersV nach Erfüllung der danach erforderlichen Voraussetzungen erneuert werden. Eine solche Erneuerung der Erlaubnis und der Musterberechtigung hat das Luftfahrt-Bundesamt als die hierfür zuständige Behörde in dem Beiblatt zum Luftfahrerschein des

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



Klägers am 20. März 1985 für die Zeit bis 10. Januar 1986 vorgenommen. Wie vom Berufungsgericht festgestellt und insoweit auch zwischen den Parteien unstreitig ist, hatte der Kläger am 18. März 1985 auf einem für das Muster B 727 zugelassenen Simulator eines portugiesischen Luftfahrtunternehmens in L bei der J einen Check erfolgreich durchgeführt.

Dies reichte zur Erneuerung der Erlaubnis für Flugingenieure sowie der Musterberechtigung aus. Für die Erneuerung der Musterberechtigung ist nach § 70 Abs. 2 LuftPersV der Nachweis der Fähigkeiten in einem Überprüfungsflug oder durch eine Überprüfung in einem vom Luftfahrt-Bundesamt anerkannten Simulator des betreffenden Musters mit einem von der Erlaubnisbehörde anerkannten Sachverständigen zu erbringen. Unstreitig war der Simulator der portugiesischen Luftfahrtgesellschaft in L vom Luftfahrt-Bundesamt für das Muster B 727 anerkannt und der vom Kläger bestandene Check von einem anerkannten Sachverständigen abgenommen worden. Weitere Voraussetzungen für die Verlängerung bzw. Erneuerung der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis für Flugingenieure und der Musterberechtigung sind nach der LuftPersV nicht vorgesehen.

c) Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, sind für den Einsatz eines Flugingenieurs in einem bestimmten Unternehmen zusätzlich noch die Bestimmungen des § 42 Abs. 2 LuftBO und des § 53 Erste DVO LuftBO über die Anforderungen an die Besatzungsmitglieder zu beachten.



aa) § 42 Abs. 2 LuftBO verpflichtet den Unternehmer, ein der Verwendung der Luftfahrzeuge entsprechendes Schulungsprogramm für die Flugbesatzung festzulegen, das sich auf die Schulung am Boden und im Flug erstreckt. Für den Luftfahrzeugführer ist in Abs. 3 des § 42 LuftBO bestimmt, daß der Unternehmer ihn nur einsetzen darf, wenn er vor Beginn seiner Tätigkeit und danach jeweils innerhalb von zwölf Monaten zweimal auf ausreichende fliegerische Fähigkeiten überprüft worden ist. Nach Satz 4 dieses Absatzes kann die Aufsichtsbehörde Überprüfungsflüge zur Verlängerung einer Musterberechtigung nach den Vorschriften der LuftPersV als Überprüfungsflüge im Sinne dieser Vorschrift anerkennen.

Im übrigen sind die Voraussetzungen für die Schulung der Flugbesatzung und damit auch der Flugingenieure nach § 42 Abs. 2 LuftBO in § 53 Erste DVO LuftBO geregelt. Die Schulung muß nach einem von der Aufsichtsbehörde anerkannten Schulungsprogramm erfolgen (Abs. 1). Es soll Training am Boden und im Fluge in den Flugzeugmustern umfassen, in denen die Besatzung Dienst tut. Es soll sich auch auf die Zusammenarbeit der Besatzung sowie auf Notverfahren und Gefahrenlagen erstrecken. Es muß gewährleisten, daß jedes Mitglied der Flugbesatzung die Aufgaben, für die es verantwortlich ist und das Zusammenwirken seiner Aufgaben mit denen der anderen Besatzungsmitglieder kennt (Abs. 2). Das Trainingsprogramm muß Wiederholungen vorsehen und eine Überprüfung zur Feststellung der Leistungsfähigkeit umfassen (Abs. 3 Satz 1). Das Flugtraining kann teilweise in Flugsimulatoren erfolgen (Abs. 4). Nach Abs. 5 gilt die Forderung des wiederholten Flug-



trainings als erfüllt, solange die für Verkehrsflugzeugführer vorgeschriebene Befähigungsprüfung nach § 42 Abs. 3 LuftBO regelmäßig abgelegt worden ist, der Verkehrsflugzeugführer somit jeweils innerhalb von zwölf Monaten die von der Aufsichtsbehörde oder einem von ihr bestimmten Sachverständigen abzunehmenden beiden Überprüfungen auf ausreichende fliegerische Fähigkeiten absolviert hat. Da Abs. 5 des § 53 Erste DVO LuftBO auf den gesamten Abs. 3 des § 42 LuftBO verweist, gelten Überprüfungsflüge zur Verlängerung einer Musterberechtigung nach § 70 LuftPersV, die gemäß § 42 Abs. 3 Satz 4 LuftBO auch als Überprüfungsflüge im Sinne dieser Vorschrift von der Aufsichtsbehörde anerkannt werden können, auch als Flugtraining im Sinne des § 53 Abs. 3 und 4 Erste DVO LuftBO.

bb) Die Vorschriften des § 42 Abs. 2 und 3 LuftBO und des § 53 Erste DVO LuftBO enthalten jedoch keine Regelungen für die Erteilung der Erlaubnis für Verkehrsflugzeugführer und Flugingenieure sowie der Musterberechtigung nach den Vorschriften der LuftPersV. § 42 LuftBO regelt bereits nach seinem Wortlaut nur die Voraussetzungen für den Einsatz der Flugbesatzung (Abs. 2: "Der Unternehmer muß ein der Verwendung der Luftfahrzeuge entsprechendes Schulungsprogramm für die Flugzeugbesatzung festlegen..."; Abs. 3: "Der Unternehmer darf einen Luftfahrzeugführer nur einsetzen..."). Weiterhin schreibt § 42 Abs. 3 Satz 4 LuftBO vor, daß Überprüfungsflüge zur Erlangung einer Musterberechtigung nach § 70 LuftPersV als Überprüfungsflüge im Sinne dieses Absatzes anerkannt werden können. Auch aus dieser für Verkehrsflugzeugführer geltenden Sonderbestimmung wird deutlich, daß zwischen der be-



hördlichen Erlaubnis als Luftfahrzeugführer und seinem Einsatz in einem bestimmten Unternehmen nach der LuftBO und der hierzu erlassenen Durchführungsverordnung zu unterscheiden ist. Die Erlaubnis als Luftfahrzeugführer wird gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung vom Luftfahrt-Bundesamt erteilt; entsprechendes gilt nach Abs. 2 dieser Vorschrift für ihre Verlängerung und Erneuerung. Art, Umfang und fachliche Voraussetzungen der Erlaubnis bestimmen sich gemäß § 20 Abs. 2 Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung nach der LuftPersV. Nach dieser Verordnung bedarf der Luftfahrzeugführer weiter gemäß § 66 zum Führen des Luftfahrzeugs der in dem Luftfahrerschein eingetragenen Musterberechtigung. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis und der Musterberechtigung für Verkehrsflugzeugführer sind somit abschließend in der LuftPersV geregelt. Entsprechendes gilt für die in dieser Verordnung geregelte Erlaubnis und Musterberechtigung für Flugingenieure sowie ihren Einsatz in einem bestimmten Unternehmen, dessen Voraussetzungen sich nach § 42 Abs. 2 LuftBO und § 53 Erste DVO LuftBO bestimmen. Die Erlaubnis berechtigt zusammen mit der Musterberechtigung allgemein zur Ausübung der jeweiligen Tätigkeit als Luftfahrer (Luftfahrzeugführer, Flugingenieur). Erst durch ihre Erteilung und nicht bereits mit Erfüllung der hierfür in der LuftPersV festgelegten Voraussetzungen erwirbt der Luftfahrer diese Berechtigung. Die den Einsatz in einem konkreten Luftfahrtunternehmen regelnden luftbetriebsrechtlichen Vorschriften gelten dagegen kraft Gesetzes unmittelbar.



cc) Für Luftfahrzeugführer enthält § 42 Abs. 3 LuftBO ein gesetzliches Verbot, ihn einzusetzen, wenn er nicht jeweils innerhalb von 12 Monaten zwei Überprüfungen seiner fliegerischen Fähigkeiten bestanden hat. Die aufgrund nur eines Überprüfungsfluges gemäß § 70 Abs. 2 LuftPersV erteilte Verlängerung oder Erneuerung der Musterberechtigung und die damit verbundene Weitergeltung der Erlaubnis des Luftfahrzeugführers reicht somit für seinen Einsatz in einem konkreten Unternehmen nicht aus. Der Überprüfungsflug kann nur gemäß § 42 Abs. 3 Satz 4 LuftBO auch als Überprüfungsflug nach Satz 1 dieses Absatzes anerkannt werden, so daß der Luftfahrzeugführer in dem 12-Monats-Zeitraum, in dem er einen Überprüfungsflug nach § 70 Abs. 2 LuftPersV bestanden hat, nur noch einen weiteren Überprüfungsflug durchführen muß.

Für den Einsatz der übrigen Mitglieder der Flugbesatzung und damit auch für Flugingenieure in einem bestimmten Unternehmen sind die Voraussetzungen gemäß § 42 Abs. 2 LuftBO, § 53 Erste DVO LuftBO in einem von der Aufsichtsbehörde anerkannten Trainingsprogramm enthalten, das, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, vom Unternehmer festzulegen ist. Dies folgt aus dem eindeutigen Wortlaut des § 42 Abs. 2 LuftBO, der bestimmt, daß "der Unternehmer" ein der Verwendung der Luftfahrzeuge entsprechendes Schulungsprogramm für die Flugbesatzung festzulegen hat. Dies entspricht auch der Ansicht des Luftfahrt-Bundesamtes als der zuständigen Erlaubnis- und Aufsichtsbehörde in ihren Schreiben vom 5. Juni und 14. August 1985, die das Berufungsgericht für die Auslegung herangezogen und deren Verwertung die Revision nicht gerügt hat.



2. Wie das Berufungsgericht weiter richtig gesehen hat, durfte die Beklagte den Kläger trotz der Erneuerung seiner Erlaubnis als Flugingenieur und der Musterberechtigung für das Muster B 727 nach § 42 Abs. 2 LuftBO und § 53 Erste DVO LuftBO in ihrem Unternehmen nicht als Flugingenieur auf diesem Muster einsetzen, weil er nach diesen luftbetriebsrechtlichen Vorschriften eine Leistungsfähigkeitsprüfung nach Maßgabe des für ihr Unternehmen anerkannten Trainingsprogramms absolvieren mußte, diese Prüfung aber nicht bestanden hat. Auch der Kläger hat seine bisher entgegengesetzte Ansicht in diesem Punkt in der Revisionsverhandlung nicht mehr aufrechterhalten und deshalb auch seinen auf Verurteilung der Beklagten zu seiner Weiterbeschäftigung als Flugingenieur auf dem Muster B 727 gerichteten Klageantrag zurückgenommen.

a) Gemäß § 37 Abs. 1 und 2 LuftBO hat der Unternehmer als Dienstanweisung und Arbeitsunterlage für das Flugbetriebspersonal ein Flugbetriebshandbuch zu erstellen, das alle für die sichere Durchführung und Überwachung des Flugbetriebs erforderlichen Angaben und damit auch das nach § 42 Abs. 2 LuftBO festzulegende Trainingsprogramm enthalten muß, wie auch das Luftfahrt-Bundesamt in seinem Schreiben vom 5. Juni 1985 feststellt. Die Beklagte hat ein solches Trainingsprogramm in einer Dienstvorschrift (DV FLI) aufgestellt, die nach dem von ihr vorgelegten Auszug unter Ziff. 8.8.3 die Voraussetzungen des Base-Checks (Befähigungsüberprüfung) für Flugingenieure festlegt. Der Check muß von einem vom Luftfahrt-Bundesamt als Sachverständiger anerkannten Flugin-



genieur des Unternehmens und auf einem für das Unternehmen zugelassenen Simulator des betreffenden Flugzeugmusters durchgeführt werden, wie auch das Luftfahrt-Bundesamt in dem Schreiben vom 5. Juni 1985 ausgeführt hat. Der Grund hierfür liegt, wie das Berufungsgericht näher dargelegt hat, darin, daß die Simulatoren den möglichen Unterschieden in der Ausstattung der Cockpits auch bei ähnlichen Grundmustern sowie in den Flugbetriebsregeln und den Verfahren für die Zusammenarbeit der Besatzung entsprechen müssen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Simulator der Firma T , auf dem der Kläger den Check vom 18. März 1985 abgelegt hat, nicht für den Betrieb der Beklagten zugelassen war und nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten die technische Ausstattung des Simulators der Beklagten, auf dem der Kläger die Base-Checks im Januar ausgeführt hatte, in der Instrumentenausstattung mit den von ihr eingesetzten Flugzeugen des Musters B 727 übereinstimmte. Diese Feststellungen sind für das Revisionsgericht gemäß § 561 ZPO bindend, weil der Kläger hiergegen keine Verfahrensrüge bzw. keinen Tatbestandsberichtigungsantrag angebracht hat. Der Kläger hat die inhaltliche Richtigkeit des von der Beklagten vorgelegten Auszugs ihrer Dienstvorschrift nicht bestritten. Er geht auch in der Revisionsbegründung ausdrücklich davon aus, daß die Beklagte die Checks von ihren vom Luftfahrt-Bundesamt als Sachverständige anerkannten Flugingenieuren abnehmen läßt.

b) Der Kläger hat den auf dem für die Beklagte zugelassenen Simulator für das Muster B 727 durchgeführten und von als Sachverständige anerkannten Flugingenieuren der Beklagten abgenomme-



nen Base-Check nicht bestanden. Deshalb durfte ihn die Beklagte auf ihren Flugzeugen dieses Musters nicht einsetzen.

c) Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie das Berufungsgericht angenommen hat, auch ein Einsatzverbot nach § 42 Abs. 2 LuftBO und § 53 Erste DVO LuftBO, oder nur der Verlust der nach der LuftPersV vom Luftfahrt-Bundesamt zu erteilenden Erlaubnisse als ein zur ordentlichen Kündigung berechtigender Lizenzverlust im Sinne des § 21 Abs. 1 und 2 MTV Bord anzusehen ist. Kann ein Flugingenieur in dem Unternehmen, in dem er angestellt ist, nicht eingesetzt werden, weil er zwar die nach der LuftPersV erforderlichen Erlaubnisse besitzt, jedoch wegen Nichtbestehens der nach den luftbetriebsrechtlichen Vorschriften erforderlichen betriebs-spezifischen Überprüfungschecks nicht eingesetzt werden kann, so ist dies ein in seiner Person liegender Grund im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, der an sich geeignet ist, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen. Es besteht insoweit eine jedenfalls zeitweise auf einem gesetzlichen Verbot bestehende rechtliche Unmöglichkeit, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen.

II. Die von der Beklagten auf die fehlende Einsatzmöglichkeit gestützte Kündigung ist jedoch sozial ungerechtfertigt, weil sie es dem Kläger durch rechtswidriges Verhalten unmöglich gemacht hat, den Simulatorcheck nochmals zu wiederholen und damit das seinem weiteren Einsatz als Flugingenieur in ihrem Unternehmen entgegenstehende rechtliche Hindernis zu beseitigen.



1. Die Beklagte hat eine nochmalige Wiederholung des Base-Checks von dem Einverständnis des Klägers mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Fall des Nichtbestehens dieses Checks abhängig gemacht.

Das Berufungsgericht hat im unstreitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils festgestellt, die Beklagte habe dem Kläger einen dritten Simulatorcheck angeboten "sofern er sich damit einverstanden erklärte", bei einem erneuten Nichtbestehen "eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu akzeptieren". Bereits diese Feststellung ist für das Revisionsgericht gemäß § 561 Abs. 1 ZPO bindend, weil die Beklagte hiergegen keine Tatbestandsberichtigung beantragt hat. Sie entspricht im übrigen, wie im Tatbestand wiedergegeben, wörtlich dem Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 21. August 1985 und inhaltlich ihrem Vortrag in der Berufungsbegründung, zu ihrer Bereitschaft zu einem erneuten Check habe "das Einverständnis und die Unterzeichnung" eines Schriftstücks durch den Kläger gezählt, in dem ihm für den Fall des Nichtbestehens die sofortige Kündigung angekündigt worden sei.

2. Dieses vom Berufungsgericht festgestellte Angebot der Beklagten hatte den Abschluß eines bedingten Aufhebungsvertrages zum Inhalt. Das Arbeitsverhältnis sollte danach im Falle des Nichtbestehens des Checks enden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Auflösung sofort oder, was wohl näher liegt, mit Ablauf der im Falle einer Kündigung einzuhaltenden tariflichen Kündigungsfrist eintreten sollte. Entscheidend ist, daß der Kläger

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



bindend sein Einverständnis mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses für den Fall des Nichtbestehens des Checks geben, Bestehen oder Nichtbestehen des Arbeitsverhältnisses somit allein noch von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Checks abhängen sollte. Einer weiteren Erklärung oder Vereinbarung der Parteien bedurfte es danach nicht. Durch eine solche Vereinbarung wird der Arbeitsvertrag selbst unter eine auflösende Bedingung gestellt, da er mit Eintritt der Bedingung, wenn auch möglicherweise zu einem späteren Termin, enden soll (vgl. auch Senatsurteil vom 5. Dezember 1985 - 2 AZR 61/85 - AP Nr. 10 zu § 620 EGB Bedingung, zu A I 1 a der Gründe).

3. Ein solcher Aufhebungsvertrag ist wegen Umgehung zwingender Bestimmungen des Kündigungsrechts unwirksam.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Nachweise in dem vorbezeichneten Urteil vom 5. Dezember 1985, aaO, zu A I 2 c der Gründe) ist die vertragliche Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich zulässig und nicht durch Kündigungs- oder Kündigungsschutzvorschriften ausgeschlossen.

b) Die Vertragspartner dürfen jedoch die Rechtsform eines bedingten Aufhebungsvertrages dann nicht anwenden, wenn sie damit zwingende Bestimmungen des Kündigungsrechts umgehen. Eine Gesetzesumgehung liegt vor, wenn der Zweck zwingender Rechtsnormen objektiv dadurch vereitelt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbräuchlich verwendet werden.



Solche zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen stellen § 626 BGB und § 1 KSchG dar. Aus ihrer zwingenden Natur folgt, jedenfalls für die Arbeitgeberkündigung, daß weder der für die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung erforderliche wichtige Grund noch die für die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung erforderlichen, in § 1 Abs. 2 KSchG umschriebenen Gründe durch eine besondere vertragliche Gestaltung weder beseitigt noch eingeschränkt werden dürfen. Nur ein Grund, der die Voraussetzungen des § 626 BGB oder des § 1 Abs. 2 KSchG erfüllt, kann ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung sein bzw. ein ausreichender Grund für die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung sein. Es ist nicht möglich, bestimmte Sachverhalte zum wichtigen Grund oder zu einem die ordentliche Kündigung sozial rechtfertigenden Grund zu erheben, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, daß allgemein auf den Kündigungsschutz im voraus, d.h. vor Ausspruch einer Kündigung, nicht wirksam verzichtet werden kann (vgl. dazu Senatsurteil vom 5. Dezember 1985, aaO, zu A I 2 c aa der Gründe).

c) Der Senat hat in dem vorstehend bezeichneten Urteil eine Vereinbarung, nach welcher ein Berufsausbildungsverhältnis ohne weiteres endet, wenn das Zeugnis des Auszubildenden für das nächste Berufsschulhalbjahr in einem von bestimmten Fächern die Note "mangelhaft" aufweist, wegen Umgehung zwingenden Kündigungsrechts (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 BBiG) für unwirksam erachtet. Er hat hierfür maßgebend darauf abgestellt, daß der Auszubildende bei Abschluß des bedingten Aufhebungsvertrages nicht beurteilen kann,



ob er die vereinbarte Bedingung erfüllen kann oder ob ihn nicht Umstände, die von seinem Willen und Können unabhängig sind, wie z.B. längere Krankheit oder Unterrichtsmängel, und keinen wichtigen Grund im Sinne des § 15 Abs. 2 Nr. 1 BBiG abgeben, an der Erfüllung der Bedingung hindern; hinzu kam im dortigen Fall noch, daß selbst eine schlechte Note in einem für den angestrebten Beruf nur unwesentlichen Fach die Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses herbeiführen sollte.

Diese Überlegungen führen auch zur Unwirksamkeit des dem Kläger angebotenen Aufhebungsvertrages. Auch das Nichtbestehen eines Checks kann auf Umstände zurückzuführen sein, die, wie plötzlich auftretende Gesundheitsstörungen oder Mängel bei der Durchführung des Checks (z.B. irreguläre Prüfungsbedingungen, vgl. dazu Senatsurteil vom 20. Dezember 1984 - 2 AZR 3/84 - 40 Nr. 9 zu § 620 BGB Bedingung, zu B IV 2 a und b der Gründe) der Prüfling nicht zu vertreten hat und die weder einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung noch einen ausreichenden Grund zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung abgeben. Durch die dem Kläger angebotene Vertragsgestaltung wollte die Beklagte den Fall des Nichtbestehens des Checks mit einer pauschalen Regelung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbinden und damit eine Kündigung vermeiden, die der gerichtlichen Überprüfung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände unterliegt. Auch dem Kläger sollte hierdurch jede Gegenwehr gegen eine sonst erforderliche außerordentliche oder ordentliche Kündigung genommen werden.



4. Hat die Beklagte die Wiederholung des Checks somit von rechtswidrigen Bedingungen abhängig gemacht, so hat sie den Fortbestand des gesetzlichen Einsatzverbots treuwidrig verlängert. Nach dem in § 162 BGB zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Rechtsgedanken, daß niemand aus einem von ihm treuwidrig herbeigeführten Ereignis Vorteile herleiten darf, kann die Beklagte deshalb dieses Verbot nicht zum Anlaß einer Kündigung nehmen. Sie kann sich nicht darauf berufen, daß nach Ziff. 8.8.3 ihrer Dienstvorschrift im Falle des Nichtbestehens zweier aufeinander folgender, von verschiedenen Prüflingen abgenommener Checks, wie im Fall des Klägers geschehen, der Chefflugingenieur für eine endgültige Entscheidung zu kontaktieren ist ("shall be contacted for final decision"). Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Entscheidung im freien oder billigen Ermessen des Chefflugingenieurs steht. In keinem Fall darf ein Wiederholungstest von der Annahme rechtswidriger Bedingungen durch den Arbeitnehmer abhängig gemacht werden. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß sie im Rahmen eines dem Chefflugingenieur zustehenden Entscheidungsermessens dem Kläger überhaupt keinen weiteren Check hätte anbieten müssen. Mit ihrem, allerdings unter einer unzulässigen Bedingung abgegebenen, Angebot hat sie zu erkennen gegeben, daß sie an sich die sachlichen Voraussetzungen für einen nochmaligen Check für gegeben erachtete. Hieran muß sie sich festhalten lassen.

5. Das Ergebnis wäre kein anderes, wenn man mit dem Berufungsgericht von einem Lizenzentzug im Sinne des § 21 MTV Bord ausginge. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift kann die Beklagte das Ar-



beitsverhältnis nur kündigen, wenn sie den Lizenzverlust nicht zu vertreten hat. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen (unter 4) ergibt, hätte die Beklagte den Lizenzverlust auch im Sinne dieser Tarifnorm zu vertreten. Das Berufungsgericht hat insoweit zu Unrecht nur auf den objektiven Tatbestand des Lizenzverlusts abgestellt und ein Vertretenmüssen der Beklagten nicht geprüft.

III. Liegt somit der vom Berufungsgericht angenommene Kündigungsgrund nicht vor, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und das arbeitsgerichtliche Urteil wiederherzustellen, soweit es auch der gegen die vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten gerichteten Klage stattgegeben hat. Der Senat kann insoweit abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

1. Die Beklagte hat die vorsorgliche ordentliche Kündigung im Kündigungsschreiben wie auch in den Vorinstanzen ausschließlich auf die fehlende Erlaubnis als Flugingenieur gestützt. Im Kündigungsschreiben vom 22. März 1985 erklärt sie eingangs die fristlose Kündigung und begründet diese dann ausführlich mit dem Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der Teilnahme an dem Grundkurs bei der Firma S . Anschließend formuliert sie, sie künde "außerdem" vorsorglich gemäß § 21 MTV Bord weg vom Kläger zu vertretenden Lizenzverlusts fristgemäß. In derselben Weise ist die Beklagte in ihrem Vortrag in den Vorinstanzen verfahren. Ihr Vortrag zum Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der Grundkursteilnahme dient ausschließlich der Rechtfertigung der fristlosen Kündigung, während sie die vorsorgliche Kündigung nur mit dem Lizenzverlust begründet. So schließt sie



der Berufungsbegründung ihre Ausführungen zum Komplex Grundkurs-
teilnahme mit den Worten, die außerordentliche Kündigung sei be-
gründet, fährt dann unter einer neuen Ziffer fort, die vorsorg-
liche ordentliche Kündigung sei ebenso sozial gerechtfertigt und
begründet dies nachfolgend ausschließlich mit der fehlenden Ein-
satzmöglichkeit des Klägers. In dem nach Durchführung der Beweis-
aufnahme eingereichten Schriftsatz vom 25. Februar 1988 wird nach
Würdigung des Beweisergebnisses ausgeführt, die fristlose Kündi-
gung sei somit begründet, in jedem Falle aber die gleichzeitig
ausgesprochene ordentliche Kündigung gerechtfertigt. Mit Schrei-
ben vom 19. März 1985 an die Personalvertretung habe sie - die
Beklagte - unter ausdrücklicher Bezugnahme auf ihr vorausgange-
nes Schreiben vom 6. März 1985 auch die fristgerechte Kündigung
nach § 21 MTV Bord angekündigt und dann am 22. März 1985 ausge-
sprochen. Diese fristgerechte Kündigung sei ebenso begründet,
weil, wie im folgenden näher ausgeführt wird, der Kläger mit dem
Nichtbestehen der beiden Base-Checks im Januar 1985 seine Lizenz
verloren habe.

2. Die Beklagte trägt zwar in der Revisionsbeantwortung vor,
auch die vorsorgliche fristgemäße Kündigung sei aufgrund aller
Umstände, die mit dem unbemerkten Plan eines anderweitigen Flug-
zeugführerlizenzerwerbs des Klägers verbunden gewesen seien, aus-
gesprochen worden und "zudem" auf das Nichtbestehen der Checks
gestützt worden. Dieser Vortrag ist ebenso unzutreffend wie die
anschließend geäußerte Ansicht, das Berufungsgericht habe die
fristgerechte Kündigung bereits auf das Verhalten des Klägers im
Zusammenhang mit der Grundkursteilnahme gestützt. Die Beklagte



beruft sich somit erstmals in der Revisionsinstanz darauf, daß die ordentliche Kündigung auch auf dieses vertragswidrige Verhalten des Klägers gestützt werde.

3. Diesen Kündigungsgrund kann die Beklagte jedoch in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend machen. Die Gerichte können im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG eine Kündigung nur auf Gründe überprüfen, auf die der Arbeitgeber die Kündigung stützt. Geschieht dies erstmals in der Revisionsinstanz, so bringt der Arbeitgeber damit ein neues Verteidigungsmittel vor. Dies ist ihm gemäß § 561 Abs. 1 ZPO verwehrt.

E. Gemäß § 92 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO hat der Kläger 1/4, die Beklagte 3/4 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Hillebrecht

Triebfürst

Ascheid

Dr. Bächle

Walter



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)