

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Nein

25. JULI 1968

81

Gesetz: KSchG § 11 Abs. 2; GewO §§ 133 a, 133 b, 133 c;
ArbGG § 72 Abs. 3; ZPO § 286, § 554 Abs. 3 Nr. 2, ,
§ 554 a

Leitsatz: Die Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung zum nächstzulässigen Termin ist nur dann zulässig, wenn aus der Kündigungserklärung oder sonstigen Umständen dem Gekündigten bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung eindeutig erkennbar ist, daß der Kündigende das Arbeitsverhältnis in jedem Fall, d. h. auch bei Nichtdurchgreifen der außerordentlichen Kündigung, beenden will.

Aktenzeichen: 2 AZR 360/67

Urteil des BAG vom 25. Juli 1968

LAG Rheinland-Pfalz



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 360/67

3 Sa 33/67 Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes! 81

Verkündet
am 25. Juli 1968

gez. Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juli 1968 durch die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling, die Bundesrichter Dr. Schröder und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter Fink und Dr. Jung für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 10. August 1967 - 3 Sa 33/67 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war seit dem 1. Januar 1966 bei der Beklagten als Bauleiter für die Baustellen in der Badischen Anilin- und Soda-Fabrik (BASF) in Ludwigshafen und in der Umgebung gegen ein Monatsgehalt von 1.560,-- DM und eine Beteiligung am Bruttogewinn beschäftigt. Am Abend des 20. Juni 1966 erkrankte der Kläger. Am darauffolgenden Tag schrieb ihn der ihn behandelnde Arzt arbeitsunfähig krank. Der Kläger reichte das ärztliche Attest seiner Krankenkasse ein und teilte der Beklagten in einem Schreiben vom 21. Juni 1966 - zugegangen am 25. Juni 1966 - mit, er habe sich aus gesundheitlichen Gründen einer ärztlichen Untersuchung unterziehen müssen und sei zur Zeit arbeitsunfähig geschrieben. Hierauf erwiderte ihm die Beklagte durch Schreiben vom 27. Juni 1966 - zugegangen am 29. Juni 1966 - wie folgt:

"Wir haben heute Ihren Brief vom 21.6.1966 erhalten und vermissen die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Arztes. Es verwundert uns, daß Sie, ohne auf der Baustelle eine Nachricht zu hinterlassen und ohne in D - telefonisch Bescheid zu geben, ohne jemanden in die laufenden Arbeiten in der BASF eingewiesen zu haben, Ihren Arbeitsplatz verlassen. Da wir annehmen, daß Ihre Krankheit von längerer Dauer sein wird, möchten wir Sie bitten, am kommenden Freitag, dem 1.7.1966, gegen 12,00 Uhr, auf der Baustelle zu sein, um die Arbeiten zu übergeben."

Am 1. Juli 1966 begab sich der Kläger zur Übergabe auf die Baustelle; bei dieser Gelegenheit forderte ihn der kaufmännische Leiter der Beklagten, W., auf, umgehend ein ärztliches Attest einzureichen. Der Kläger suchte daraufhin am 5. Juli 1966 wiederum seinen behandelnden Arzt auf, der ihm ein weiteres Attest ausstellte. Dieses übersandte der Kläger der Beklagten an demselben

- 3 -



- 3 -

Tage mit einem Begleitschreiben. Mit Schreiben vom 5. Juli 1966 – dem Kläger am 7. Juli 1966 zugegangen – kündigte die Beklagte fristlos das Arbeitsverhältnis auf, da der Kläger die Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit nicht innerhalb von drei Tagen eingereicht habe.

Der Kläger ist der Ansicht, daß die fristlose Kündigung unwirksam sei. Er hat Kündigungsschutzklage erhoben und außerdem einen Anspruch auf Überstundenvergütung geltend gemacht. Ferner hat er mit der Klage die Zahlung von Urlaubsabgeltung, von Fahrtkosten und einer Entschädigung dafür begehrt, daß er im Einverständnis mit der Beklagten seinen eigenen Personenkraftwagen für dienstliche Fahrten benutzt habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß durch die am 5. Juli 1966 ausgesprochene und am 7. Juli 1966 zugegangene fristlose Entlassung das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst wurde,
2. festzustellen, daß auch eine evtl. im Wege der Umdeutung fristgemäße Kündigung sozialwidrig und rechtsunwirksam ist,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu zahlen:
 - a) 624,70 DM brutto als Entschädigung für außergewöhnliche Mehrarbeitsleistungen an den Bauvorhaben H 305 und M 800
 - b) 49,--- DM als Erstattung der Fahrtkosten II. Kl. zur persönlichen Vorstellung in D am 6. Oktober 1965

- 4 -



- 4 -

- c) 1.400,-- DM netto als Pauschalentschädigung für die Gestellung des eigenen PkW zu dienstlichen Fahrten
- d) 1.080,-- DM brutto als Urlaubsabgeltung für 18 Urlaubstage 1966 à 60,-- DM.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, der Kläger habe seine vertraglichen Pflichten gröblichst verletzt. Es bestehe in ihrem Betrieb allgemein die Verpflichtung, Erkrankungen umgehend zu melden und innerhalb von drei Tagen ein ärztliches Attest vorzulegen. Der Kläger habe seine Krankheit nicht rechtzeitig gemeldet. Er habe es ferner unterlassen, innerhalb einer Frist von drei Tagen seine Krankheit durch Attest nachzuweisen. Trotz schriftlicher und mündlicher Aufforderung habe er es erst am 5. Juli 1966 übersandt. Auch den Zahlungsansprüchen des Klägers ist die Beklagte entgegengetreten.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil festgestellt, daß die fristlose Kündigung vom 5. Juli 1966 rechtsunwirksam sei, und die Beklagte zur Zahlung von 1.080,-- DM Urlaubsabgeltung sowie von 331,75 DM Überstundenvergütung verurteilt; es hat den weitergehenden Antrag auf Überstundenvergütung abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten den Urlaubsanspruch des Klägers als zur Zeit unbegründet abgewiesen; im übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision rügt die Beklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

- 5 -



- 5 -

Entscheidungsgründe:

1. Das Landesarbeitsgericht verneint das Vorliegen eines zur fristlosen Kündigung ausreichenden Grundes. Es nimmt an, zwischen der Beklagten und dem Kläger sei keine Vereinbarung über die Einzelheiten von Krankmeldungen und über die Vorlage eines ärztlichen Attestes getroffen worden. Zwar habe sich der Kläger auch ohne eine solche Vereinbarung rechtzeitig krank melden müssen; dieser Pflicht sei er nicht in vollem Umfang nachgekommen. Dieser einmalige Vorgang reiche aber nicht aus, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Die Beklagte selbst habe diesen Vorgang nicht zum Anlaß für die fristlose Kündigung genommen, sondern sich mit einer schriftlichen Rüge begnügt.

Zur Vorlage eines ärztlichen Attestes binnen drei Tagen sei der Kläger nicht ohne weiteres verpflichtet gewesen. Erst aus dem Verlangen der Beklagten habe sich eine Pflicht des Klägers zur Vorlage des ärztlichen Attestes ergeben. Dieser Pflicht sei der Kläger ohne schuldhaftes Zögern nachgekommen. Die mögliche kurze Überschreitung einer ihm etwa gesetzten Frist sei nicht schwerwiegend genug, um die Beklagte zur fristlosen Kündigung zu berechtigen.

2. Diese vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Würdigung läßt einen revisiblen Rechtsverstoß nicht erkennen. Daß das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt habe, trägt die Revision selbst nicht vor. Für eine solche Annahme ergeben sich auch aus dem angefochtenen Urteil keine Anhaltspunkte.

Die Prüfung der Frage, ob im Einzelfall ein die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses

- 6 -



- 6 -

rechtfertigender wichtiger Grund vorliegt, ist weitgehend Sache des Tatsachenrichters, dem insoweit ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt ist. Darauf, daß dieser überschritten wäre oder daß dem Landesarbeitsgericht eine Nichtberücksichtigung wesentlichen Tatsachenstoffes vorzuwerfen wäre, deutet nichts hin. Auch ist nicht zu erkennen, daß das Landesarbeitsgericht gegen Erfahrungssätze oder gegen die Denkgesetze verstoßen hat. Das Landesarbeitsgericht berücksichtigt, daß die Beklagte die vom Kläger geleitete Baustelle übernommen hat, ohne dem Kläger wegen der unterlassenen Krankmeldung zu kündigen; es meint, daß die möglicherweise vom Kläger verschuldete Überschreitung der ihm etwa zur Vorlage des ärztlichen Attestes gesetzten Frist nicht schwerwiegend genug gewesen sei, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Da, wie unstreitig ist, der Kläger tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt war, ist diese Wertung des angefochtenen Urteils aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Insoweit enthält übrigens die Revisionsbegründung selbst keine Angriffe gegen das angefochtene Urteil.

3. Die Revision erhebt jedoch gegen das angefochtene Urteil zwei Verfahrensrügen. Aber auch diese greifen nicht durch.

a) Soweit die Revision einen Verstoß des Landesarbeitsgerichts gegen § 286 ZPO darin sieht, daß das Landesarbeitsgericht den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten übergangen habe, der Kläger habe die im Betrieb der Beklagten bestehende Regelung über die Pflicht zur Vorlegung eines ärztlichen Zeugnisses innerhalb von drei Tagen gekannt, kann dem nicht gefolgt werden. Es ist schon zweifelhaft, ob der

- 7 -



Organisations- und Arbeitsplan der Beklagten, auf den die Revision hier offensichtlich anspielt, überhaupt für die Baustellenleiter gilt und nicht nur für die Bauarbeiter. Noch bedenklicher wäre die Annahme, ein einmaliger Verstoß gegen diese im Betrieb der Beklagten angeblich geltende Regelung, binnen drei Tagen eine ärztliche Bescheinigung vorlegen zu müssen, stelle einen Grund für die fristlose Kündigung dar, wenn die Frist nur um kurze Zeit überschritten wird. Vor allem aber durfte das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, daß der - selbst nach den Angaben der Beklagten in der Revisionsbegründung - lediglich in der ersten Instanz gestellte Beweisantrag in der maßgeblichen letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz nicht mehr aufrechterhalten worden war.

Das Urteil zweiter Instanz ist ergangen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. August 1967. In dieser ist der Kläger informatorisch zur Sache gehört worden. Daraufhin hat der Vertreter der Beklagten u. a. die Fotokopie des Organisations- und Arbeitsplanes zu den Akten überreicht. Hierzu hat er einen Beweisantrag nicht gestellt und den früheren Beweisantrag zu diesem Punkt nicht wiederholt; das ergibt sich aus dem Terminsprotokoll. Dagegen hat der Vertreter der Beklagten zu einem anderen Vorgang einen Zeugen benannt. Damit hat er zu erkennen gegeben, daß er an dem Beweisantrag auf S. 1 f des Schriftsatzes vom 15. September 1966 nicht festhalten wollte (BAG 14, 206 [211] = AP Nr. 4 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß). Zumindest hätte er, wenn er diesen in erster Instanz gestellten und in der Berufungsinstanz nicht ausdrücklich wiederholten Antrag aufrechterhalten wollte, dies in der Schlußverhandlung vor dem Landesarbeitsgericht erklären



müssen. In der Nichterhebung des dort angetretenen Beweises durch das Landesarbeitsgericht liegt deshalb kein Verstoß gegen § 286 ZPO.

b) Für eine Umdeutung der fristlosen in eine fristgemäße Kündigung, wie sie von der Revision weiterhin vermißt wird, lag für das Landesarbeitsgericht entgegen der Ansicht der Beklagten kein Anlaß vor. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Frage der Umdeutung sind dahin zu verstehen, daß die Beklagte keine hinreichenden Tatsachen dafür vorgetragen habe, die außerordentliche Kündigung sei auch als ordentliche gemeint und dies sei für den Kläger erkennbar gewesen. Das wäre in der Tat die Mindestvoraussetzung für die Umdeutung gewesen (Auffarth-Müller, KSchG, § 11 Anm. 15; Herschel-Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 11 Anm. 7 a; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Vorbemerkung 73 zu §§ 620 bis 628 BGB; LAG Düsseldorf BB 1965, 496). Die Beklagte hat jedoch zu dieser Frage nicht einmal andeutungsweise irgendwelche Tatsachen in den Vorinstanzen vorgebracht. Aus dem Kündigungsschreiben vom 5. Juli 1966 ist hierfür ebenfalls nichts zu entnehmen. Aus dem gesamten Prozeßverhalten der Beklagten ist vielmehr zu folgern, daß sie an eine hilfsweise ordentliche Kündigung selbst nicht gedacht hat und sie demzufolge am 5. Juli 1966 auch nicht hatte aussprechen wollen.

§ 11 Abs. 2 KSchG bestimmt, daß eine unwirksame fristlose Kündigung im Zweifel nicht als Kündigung für den nächstzulässigen Kündigungszeitpunkt gilt. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß er mit der früheren Rechtsanschauung, nach der eine fristlose Kündigung im Zweifel nicht nur als fristlose, sondern hilfsweise auch als fristgemäße anzusehen war, brechen wollte. Es muß deshalb, damit eine Umdeutung erfolgen



- 9 -

kann, schon bei der Kündigung selbst erkennbar die Absicht, notfalls auch fristgemäß kündigen zu wollen, zum Ausdruck gekommen sein. Eine spätere, vielleicht erst im Prozeß abgegebene Erklärung des Arbeitgebers, hilfsweise auch fristgemäß gekündigt zu haben, genügt in der Regel nicht. Sie kann allenfalls nur dann von Bedeutung sein, wenn Tatsachen vorgetragen und im Bestreitungsfall bewiesen werden, die klar erkennen lassen, daß der Arbeitgeber bereits bei der Kündigung selbst das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall lösen wollte. Zusätzlich muß das auch dem Arbeitnehmer bei dem Zugang der Kündigung erkennbar gewesen sein.

Ein solcher Tatsachenvortrag ist nur von Bedeutung, wenn er schon in der Tatsacheninstanz gebracht war. Im Revisionsverfahren ist er als neuer Tatsachenvortrag unbeachtlich. Auf die Behauptungen auf S. 3 und 4 der Revisionsbegründung kommt es deshalb nicht mehr an.

4. Gegen die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Frage der Überstundenvergütung hat die Beklagte in der Revisionsbegründung nichts vorgetragen. Es entspricht der durchaus herrschenden Ansicht, daß bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist zu jedem von mehreren selbständigen Ansprüchen eine besondere Begründung in der Rechtsmittelbegründung enthalten sein muß (so schon RGZ 62, 15 [17]; Urteile des Senats vom 5. Mai 1966 - 2 AZR 275/65 - sowie vom 11. August 1967 - 2 AZR 275/66 -). Da die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung zu dem abteilbaren Komplex der Überstundenvergütung keine Stellung genommen hat, ist insoweit ihre Revision gemäß § 72 Abs. 3 ArbGG in Verbindung mit § 554 Abs. 3 Nr. 2 und § 554 a ZPO unzulässig.

- 10 -

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



- 10 -

Einer besonderen Erwähnung dieser Rechtsfolge im
Urteilstenor bedurfte es nicht.

gez. Dr. Meier-Scherling

Wichmann

Bundesrichter Dr. Schröder
ist beurlaubt und ortsabwesend
Dr. Meier-Scherling

Fink

Dr. Jung

