

Aktenzeichen: 2 AZR 444/88

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 13. April 1989
- 2 AZR 444/88 -

I. Arbeitsgericht
Hannover

Urteil vom 20. April 1988
- 2 Ca 77/88 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 17. August 1988
- 5 Sa 795/88 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Fristlose und vorsorgliche ordentliche Kündigung eines Wachmannes aus gesundheitlichen Gründen

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung; BGB § 626; ZPO §§ 286, 554, 561

Leitsätze:

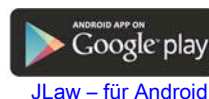
K e i n e

Hinweise des Senats:

Fristlose und vorsorgliche ordentliche Kündigung eines von einem Bewachungsunternehmen als Sicherungsposten auf Baustellen im Bereich von Bahnanlagen der Deutschen Bundesbahn eingesetzten Wachmannes wegen Untauglichkeit (Zustand nach Herzinfarkt)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 444/88

5 Sa 795/88 Niedersachsen

Verkündet am
13. April 1989

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

BC



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



hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. April 1989 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Schulze und Wisskirchen für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Parteien gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 17. August 1988 - 5 Sa 795/88 - werden zurückgewiesen.
2. Von den Kosten des Revisionsverfahren tragen der Kläger zwei Drittel und die Beklagte ein Drittel.

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 am 2. April 1940 geborene Kläger wurde gemäß Arbeitsvertrag vom 23. Januar 1987 ab 26. Januar 1987 von der Beklagten, einem Bewachungsunternehmen, als Sicherungsposten eingestellt. In dem Vertrag war u.a. folgendes bestimmt:

"§ 3

Falls nach Ablauf der Probezeit von einer Polizei- oder anderen behördlichen Dienststelle der Firma die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers untersagt wird, gilt das Arbeitsverhältnis mit diesem Tage als sofort gelöst. Diese Bestimmung muß aus Sicherheitsgründen vereinbart werden und ist unabhängig von der Dauer des bisherigen Arbeitsverhältnisses.

.....



§ 4

Der Einsatzort des "Arbeitnehmers" richtet sich nach den jeweiligen von der "Firma" übernommenen Wachaufgaben bzw. Wachaufträgen. Die Vergütung erfolgt nach Stundenlohn entsprechend der jeweiligen Tätigkeit des "Arbeitnehmers".

.....

§ 11

Der Arbeitnehmer erklärt mit Unterzeichnung dieses Vertrages ausdrücklich, daß er im Vollbesitz seiner körperlichen und geistigen Kräfte, nicht vorbestraft und kein Strafverfahren gegen ihn anhängig ist. Die Firma ist berechtigt die Wach-/Schichtdiensttauglichkeit durch einen geeigneten Amts-, Truppen- oder Werksarzt überprüfen zu lassen. Eine festgestellte Untauglichkeit berechtigt zur sofortigen Entlassung."

Die Beklagte setzte den Kläger als Sicherungsposten auf Baustellen im Bereich von Bahnanlagen der Deutschen Bundesbahn (künftig: Bundesbahn) ein. Sie hatte mit dieser einen Rahmenvertrag abgeschlossen, der folgende hier interessierende Bestimmungen enthält:

"

§ 1

Gegenstand des Vertrags

Die Firma übernimmt nach Maßgabe dieses Vertrages und des nach § 2 abzuschließenden Einzelvertrags auf Baustellen im Bereich von Bahnanlagen der Bundesbahn die Sicherung von Personen und Sachen durch Wachpersonal als Sicherungsposten gegen die Gefahren des Eisenbahnbetriebs.

§ 4

Sicherungs- und Aufsichtskräfte

- (1) Als Sicherungs- und Aufsichtskräfte dürfen nur Mitarbeiter eingesetzt werden, von denen zu erwarten ist, daß sie die ihnen übertragene Aufgabe zuverlässig erfüllen. Sie müssen mindestens 21 Jahre alt sein.....



- (2) Die Firma ist für die Tauglichkeit ihrer Sicherungs- und Aufsichtskräfte entsprechend den zugehörigen Tauglichkeitsanforderungen der Tauglichkeitsvorschrift der Bundesbahn - Bundesbahn-Drucksache 107 - verantwortlich. Auf Antrag der Firma wird die Bundesbahn die Tauglichkeit von Sicherungs- und Aufsichtskräften durch ihren Bahnarzt prüfen lassen.....
- (3) Die Sicherungs- und Aufsichtskräfte müssen nach der Anweisung für die Ausbildung zum Sicherungsposten - Bundesbahn-Drucksache 128/110 - ausgebildet sein.
- (4) Die Bundesbahn prüft die ausgebildeten Sicherungs- und Aufsichtskräfte verwendungsmäßig. Die Firma zahlt für jede zur Prüfung gestellte Sicherungs- und Aufsichtskraft je Prüfung eine Vergütung in Höhe von 50,00 DM zuzüglich Umsatzsteuer in der jeweils gesetzlichen Höhe.
- (5) Nach Abschluß der Ausbildung und Bestehen der Verwendungsprüfung erteilt die Bundesbahn der Firma eine "Bescheinigung über eine Verwendungsprüfung" nach Bundesbahn-Vordruck 041 D 04. Außerdem händigt sie der Firma einen "Ausweis für Unternehmersicherungsposten" nach Bundesbahn-Vordruck 134/I 13 aus..... Sie hat den Ausweis einzuziehen und unverzüglich an die aus-händigende Bundesbahnstelle zurückzugeben, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und ihrem Mitarbeiter endet oder dieser sich als ungeeignet oder unzuver-lässig erweist.
- (6) Die Firma hat die Eignung und Zuverlässigkeit sowie die körperliche Tauglichkeit ihrer Sicherungs- und Auf-sichtskräfte laufend zu überwachen. Sie hat insbeson-dere nach mehr als vierwöchiger Erkrankung, nach Auf-enthalt in einem Krankenhaus oder nach einer Kur be-reits ausgebildete und mit einem Ausweis versehene Sicherungs- und Aufsichtskräfte vor deren erneutem Einsatz auf ihre Tauglichkeit überprüfen zu lassen. Diese Überprüfung darf nur dann unterbleiben, wenn die überstandene Krankheit zweifellos ohne Einfluß auf die Tauglichkeit ist. Die Firma hat laufend für einen sachgerechten Ausbildungsstand ihrer Sicherungs- und Aufsichtskräfte zu sorgen. Auf Verlangen der Bundes-bahn hat die Firma jederzeit die Einhaltung der Ver-pflichtungen aus diesem Absatz nachzuweisen. "

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



Die in dem Rahmenvertrag in Bezug genommene Tauglichkeitsvorschrift der Deutschen Bundesbahn-Drucksache 107 (künftig: DS 107), gültig ab 1. Juli 1964, enthält als Anh. I eine Tauglichkeitsordnung und Anh. II eine Tauglichkeitsarztanweisung. Die Tauglichkeitsordnung ist in mehrere Abschnitte, darunter die Tauglichkeitsbesonderheitenliste (Abschn. B) und die Tauglichkeitsstufenliste (Abschn. D) untergliedert. Die Tauglichkeitsarztanweisung enthält allgemeine Regeln sowie eine Fehlertafel, die nach Ziff. 16 der Tauglichkeitsarztanweisung für die Untersuchung des körperlichen, geistigen und seelischen Zustandes (ohne Seh- und Hörvermögen) zusammen mit der Tauglichkeitsstufenliste sowie Ziff. 17 bis 30 der Tauglichkeitsarztanweisung anzuwenden ist.

Nach § 7 Abs. 3 a Nr. 2 DS 107 gehört zum Alleindienst besonderer Art der Dienst als Sicherheitsposten. Unter der Tauglichkeitsbesonderheit 73 EB ist in der Tauglichkeitsbesonderheitenliste vorgeschrieben:

"Ein Unternehmerarbeiter darf als Sicherheitsposten erst verwendet werden, wenn der Bahnarzt bestätigt hat, daß der Arbeiter die Forderungen für die Beschäftigungstauglichkeit erfüllt..."

Gemäß Ziff. 77 Herz, Kreislauf, Blutgefäße der Fehlertafel führt der "Zustand nach Infarkt" zur Einreihung in die Tauglichkeitsstufe U (Untauglichkeit) der Tauglichkeitsstufenliste.

Der Kläger erlitt im Juni 1987 einen Herzinfarkt. Nach dem von ihm übergebenen Entlassungsbericht der Landesversicherungs-



anstalt Hannover vom 12. Februar 1988 war er deswegen vom 29. Juni bis 22. Juli 1987 in stationärer Behandlung. Nachdem er von August bis 23. Dezember 1987 wieder gearbeitet hatte, unterzog er sich vom 7. Januar bis 4. Februar 1988 in der T

Klinik der Landesversicherungsanstalt Hannover einer Kur. In dem ärztlichen Entlassungsbericht heißt es u.a.

"Berufliche Stellungnahme:

Seine zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Sicherungsposten auf wechselnden Baustellen bei der Bundesbahn kann der Patient ohne Einschränkung vollschichtig ausüben."

Am 8. Februar 1988 wurde der Kläger dem Bahnarzt Dr. H vorgestellt. Dieser gelangte zu der Feststellung, daß der Kläger für den Einsatz als Sicherungsposten untauglich sei. Daraufhin kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom selben Tag fristlos, hilfsweise ordentlich zum 28. Februar 1988 mit der Begründung, sie dürfe ihn als Sicherungsposten nicht mehr weiterbeschäftigen, nachdem auch die Wiederholungsuntersuchung beim Bahnarzt ein negatives Ergebnis gebracht habe.

Mit der am 12. Februar 1988 bei Gericht eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen diese Kündigung gewandt. Er hat geltend gemacht, für die fristlose Kündigung liege kein wichtiger Grund vor und auch die vorsorgliche ordentliche Kündigung sei ungerechtfertigt. Er hat beantragt

festzustellen, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht und dieses nicht durch die Kündigung vom 8. Februar 1988 aufgelöst ist.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, nach der DS 107, die durch den Rahmenvertrag mit der Bundesbahn und den Arbeitsvertrag mit dem Kläger auch Inhalt des Arbeitsvertrages geworden seien, könne sie den Kläger nicht mehr weiterbeschäftigen. Der Entlassungsbericht der Landesversicherungsanstalt habe keinen Einfluß auf das Arbeitsverhältnis. Auch komme es nicht auf die diagnostische Qualität des Bahnarztes an. Maßgebend sei allein, daß die Bundesbahn aufgrund der Untersuchung durch den Bahnarzt die Dienste des Klägers nicht mehr entgegennehme und sie ihn deshalb dort nicht mehr beschäftigen könne.

Der Kläger habe ihr am 30. September 1987 eine ärztliche Bescheinigung übersandt, nach der er herzkrank sei. Aufgrund ihrer im Rahmenvertrag eingegangenen Verpflichtung habe sie diese Mitteilung dem zuständigen Bahnarzt übersenden müssen. Unter dem 22. Januar 1988 habe ihr die Bahnmeisterei Hannover mitgeteilt, der Kläger dürfe aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr als Sicherungsposten eingesetzt werden. Daraufhin habe sie eine ordentliche Kündigung ausgesprochen, diese jedoch am 28. Januar 1988 zurückgenommen, weil der Kläger glaubhaft versichert habe, er sei wieder voll einsatzfähig. Aufgrund der DS 107 habe sie den Kläger dann dem Bahnarzt Dr. H vorstellen müssen.

Die vorübergehende Beschäftigung von August bis Dezember 1987 sei möglich gewesen, weil die Bundesbahn seine Dienstleistung bis dahin noch angenommen habe. Die Ziff. 77 der Fehlerta-



fel dürfe auch nicht überprüft werden, weil sie, die Beklagte, auf die Festlegung der Tauglichkeitsmerkmale keinen Einfluß habe. Deshalb sei die fristlose Kündigung gerechtfertigt, weil sie den Kläger noch nicht einmal kurzfristig weiterbeschäftigen könne. Sie könne seine Arbeitskraft nicht annehmen und müßte ihn demgemäß ohne Gegenleistung entgelten.

Der Kläger hat vorgetragen, er könne den Dienst als Sicherungsposten ohne weiteres versehen. Auf die tatbestandlichen Voraussetzungen und nicht allein auf das Urteil des Bahnarztes und die Tauglichkeitsvorschrift der Bundesbahn komme es an. Der Bahnarzt habe nur den Blutdruck gemessen, das Herz abgehört, Augen und Gehör geprüft und dann lediglich seine bereits bei der ersten Kündigung gestellte Diagnose wiederholt. Sein Zeugnis könne einer fachärztlichen Untersuchung nicht standhalten.

Sollte unter Ziff. 77 der Fehlertafel in der Tauglichkeitsbeschreibung "Zustand nach Infarkt" eine für die Arbeitsvertragsparteien bindende Festlegung zu sehen sein, so sei zu prüfen, ob es sich insoweit um eine zu mißbilligende Klausel handle. Ein überstandener Herzinfarkt stelle bei vernünftiger Lebensweise kein besonderes Gefährdungsrisiko dar.

Er sei auf die Beschäftigung bei der Beklagten angewiesen. Mit größerer Belastung verbundene Arbeiten könne er nicht ausführen. Deshalb und im Hinblick auf sein Alter und die allgemeine Arbeitsmarktlage werde es für ihn schwierig, eine andere Arbeit zu finden. Er sei bereits seit 11. November 1985 bei der Beklag-



ten mit geringfügigen Unterbrechungen im Winter 1986 tätig. Die Beklagte arbeite auch noch für andere Unternehmen, so daß ein anderweitiger Einsatz möglich sei.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 8. Februar 1988 nicht außerordentlich, sondern erst mit Ablauf des 28. Februar 1988 beendet wurde, und im übrigen die Klage abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen von beiden Parteien im Umfang ihres Unterliegens eingelegten Berufungen nach Vernehmung des Bahnarztes Dr. H als Zeugen zurückgewiesen.

Mit den im Umfang ihres Unterliegens hiergegen eingelegten Revisionen verfolgen die Parteien ihre bisher erfolglos gebliebenen Anträge weiter.

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

Beide Revisionen sind unbegründet.

I.1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, die fristlose Kündigung der Beklagten sei unwirksam, im wesentlichen wie folgt begründet:

Die in § 11 des Arbeitsvertrages getroffene Vereinbarung, daß eine festgestellte Untauglichkeit zur sofortigen Entlassung berechtige, sei als Umgehung der gesetzlichen Mindestkündigungsfristen unwirksam.



Ein Grund, der es der Beklagten unzumutbar gemacht haben könnte, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 28. Februar 1988 fortzusetzen, sei nicht ersichtlich. Der Umstand, daß die Beklagte den Kläger nicht länger als Sicherungsposten bei der Bundesbahn einsetzen könne, beruhe auf ihren vertraglichen Beziehungen zur Bundesbahn. Sie sei mit dem Abschluß des Rahmenvertrages ein unternehmerisches Wagnis eingegangen, dessen nachteilige Folgen sie im Hinblick auf ihre Fürsorgepflicht nicht allein auf ihre Arbeitnehmer abwälzen könne. Sie müsse die Folgen ihrer vertraglichen Vereinbarung mit der Bundesbahn jedenfalls insoweit tragen, als sie das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist aufrechterhalten müsse. Sie könne insoweit nicht bessergestellt werden als die Bundesbahn, wenn diese den Kläger selbst als Sicherungsposten beschäftigen würde. Auch die Bundesbahn könnte einem Sicherungsposten nicht fristlos kündigen, weil er einen Herzinfarkt erlitten habe. Es sei deshalb unerheblich, ob der Kläger bei Ausspruch der Kündigung noch Urlaub hätte erhalten müssen; denn eine umfassende Interessenabwägung führe ohnehin zu dem Ergebnis, daß eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht in Betracht komme.

2. Die vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten hat das Berufungsgericht für sozial gerechtfertigt angesehen und wie folgt begründet:



Nach dem Arbeitsvertrag habe der Kläger als Sicherungsposten eingesetzt werden sollen. Darunter seien nach der Terminologie der Bundesbahn, auf deren Baustellen der Kläger vertragsgemäß nach einer entsprechenden Ausbildung eingesetzt werden sollte und auch eingesetzt worden sei, Arbeitnehmer zu verstehen, die einen Alleindienst besonderer Art leisteten und an die, wie sich aus der Tauglichkeitsbesonderheitenliste unter Nr. 73 EB ergebe, besondere Tauglichkeitsanforderungen gestellt würden. Diesen Anforderungen genüge der Kläger, wie der Bahnarzt Dr. H als Zeuge bekundet habe, nicht. Der Kläger habe im Juni 1987 einen Herzinfarkt erlitten. Folglich liege bei ihm ein "Zustand nach Herzinfarkt" vor, der ihn für den Einsatz als Sicherungsposten untauglich erscheinen lasse. Die Untauglichkeit ergebe sich nicht nur aus der vorbezeichneten Tauglichkeitsbesonderheit der Tauglichkeitsarztanweisung, auf die in § 11 Abs. 1 des Arbeitsvertrages andeutungsweise verwiesen werde. Sie folge auch aus dem medizinischen Urteil des Zeugen Dr. H. Dieser habe auf die im übrigen allgemein bekannte Tatsache hingewiesen, daß nach einem Herzinfarkt die Gefahr eines neuen Infarktes immer gegeben sei und deshalb eine zeitliche Begrenzung des "Zustandes nach Infarkt" nicht in Betracht kommen könne. Wegen der besonderen psychischen und körperlichen Belastungen, denen ein Sicherungsposten bei der Ausübung seines Dienstes ausgesetzt sein könne, müsse die Bundesbahn jede erdenkliche Vorsichtsmaßnahme hinsichtlich des Gesundheitszustandes der eingesetzten Sicherungsposten beachten. Der Kläger könne daher nicht mehr, wie vertragsgemäß vorgesehen, als Sicherungsposten beschäftigt werden. Daran vermöge auch der Entlassungsbericht der Landesversicherungsanstalt

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



Hannover nichts zu ändern. Das dort formulierte ärztliche Urteil besage nicht, daß das Risiko, das die Bundesbahn und die Beklagte ausschließen wollten, sich nicht verwirklichen könne.

Die Beklagte könne den Kläger zur Zeit nur in S als Wachmann einsetzen. Eine andere Tätigkeit komme für ihn, wie er in der Berufungsverhandlung selbst erklärt habe, aus finanziellen Gründen nicht in Betracht, so daß eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz bei der Beklagten ausscheide. Es sei ihr daher unmöglich, den Kläger vertragsgemäß weiterzubeschäftigen.

II. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die fristlose Kündigung der Beklagten sei unwirksam, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

1. Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB durch das Berufungsgericht kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob der Sachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund abzugeben, und ob alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei berücksichtigt worden sind. Die Bewertung der für und gegen die Unzumutbarkeit sprechenden Umstände liegt weitgehend im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz (vgl. BAGE 9, 263, 265, 266 = AP Nr. 42 zu § 626 BGB, zu III 2 der Gründe; BAG Urteil vom 2. April 1987 - 2 ABR 418/86 - AP Nr. 96 zu § 626 BGB, zu A II 2 der Gründe). Der Tatsachenrichter braucht

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



sich zudem nicht mit jeder Einzelheit, die an sich für die Interessenabwägung erheblich ist, ausdrücklich zu befassen, sofern nur ersichtlich ist, daß auch dieser Umstand mitberücksichtigt worden ist (BAG Urteil vom 30. Juni 1959 - 3 AZR 111/58 - insoweit nicht veröffentlicht; Urteil vom 30. März 1984 - 2 AZR 362/82 - nicht veröffentlicht). Bei Anwendung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs ist die Würdigung des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision der Beklagten insoweit zutreffend hervorhebt, im Rahmen seiner Erörterungen zur ordentlichen Kündigung angenommen, die Beklagte könne den Kläger nicht mehr als Sicherungsposten und damit nicht mehr vertragsgemäß einsetzen. Von einer fehlenden Einsatzmöglichkeit des Klägers ist es aber auch bei seiner Entscheidung über die fristlose Kündigung ausgegangen (Berufungsurteil S. 9 Abs. 2). Seine weiteren Ausführungen, dieser Umstand beruhe auf ihren vertraglichen Beziehungen zur Bundesbahn, das damit eingegangene unternehmerische Risiko könne sie jedenfalls insoweit nicht auf den Kläger abwälzen, als es um die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist gehe, sind im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur ordentlichen Kündigung zu sehen. Daraus ergibt sich, daß es im Hinblick auf die an einen Sicherungsposten zu stellenden besonderen Anforderungen für zulässig angesehen hat, den Einsatz eines mit dem Risiko eines erneuten Herzinfarkts belasteten Wachmannes in dieser Funktion abzulehnen mit der Folge, daß die ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Damit liegt zwar der Schwerpunkt des Kündigungsgrundes



in der Person des Klägers. Jedoch führt sein Gesundheitszustand deshalb zur Unmöglichkeit einer weiteren vertragsgemäßen Beschäftigung, weil die Bundesbahn, im Hinblick auf die besonderen Risiken des Bahnbetriebes hohe Anforderungen an den Gesundheitszustand von Sicherungsposten stellt und die Beklagte wegen der Eigenart ihres Unternehmens diese Sicherheitstandards als Vertragspartner akzeptieren muß.

Würdigt man im Zusammenhang damit die Ausführungen des Berufungsgerichts zum wichtigen Grund, so wird deutlich, daß es auch hier von einer fehlenden Einsatzmöglichkeit des Klägers ausgegangen ist, jedoch im Hinblick auf die betriebliche Komponente des Kündigungsgrundes der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die verhältnismäßig kurze Dauer der Kündigungsfrist von drei Wochen zugemutet hat.

3. Damit ist die Würdigung des Berufungsgerichts im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Sowohl betriebliche als auch in den gesundheitlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers liegende Umstände rechtfertigen nur in Ausnahmefällen eine außerordentliche Kündigung (vgl. BAGE 51, 200, 209, 210 = AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969, zu B II 3 b aa der Gründe; KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 104, 105, 120, 121, 320, jeweils m.w.N.; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 125 VII Nr. 21, S. 869; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 417). Das Berufungsgericht hat vorliegend keine ausnahmsweise für die Be-



rechtfertigung einer auf solche Gründe gestützten außerordentlichen Kündigung sprechenden Umstände festgestellt. Die Revision der Beklagten zeigt auch keine derartigen Umstände auf. Wie bereits ausgeführt, muß der Tatsachenrichter im Rahmen der Interessenabwägung nicht alle zu berücksichtigenden Umstände ausdrücklich anführen, wenn sich aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt, daß alle wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind. Die Revision der Beklagten verweist im wesentlichen auf eine mögliche, nach ihrer Ansicht zudem nicht bestehende Lohnfortzahlungspflicht für die - verhältnismäßig kurze - Dauer der Kündigungsfrist. Im Hinblick auf den Ausnahmecharakter betrieblicher und in den gesundheitlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers liegender Gründe für die Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung ist dieser Umstand nicht geeignet, ein überwiegendes Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen. Das Berufungsgericht mußte diesen Umstand deshalb nicht ausdrücklich erwähnen. Aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen zur fristlosen und zur ordentlichen Kündigung ergibt sich, daß es auch ein etwa bestehendes Lohnzahlungsrisiko der Beklagten für die Dauer der Kündigungsfrist in seine Würdigung einbezogen, aber nicht zu ihren Gunsten für durchschlagend erachtet hat.

4. Der im Arbeitsvertrag enthaltenen Vereinbarung, eine festgestellte Untauglichkeit des Klägers rechtfertige die sofortige Entlassung, hat das Berufungsgericht mit Recht keine Bedeutung beigemessen. Die Parteien eines Arbeitsvertrages können das Recht zur außerordentlichen Kündigung vertraglich nicht über das ge-



setzliche Maß hinaus erweitern (BAG Urteil vom 22. November 1973 - 2 AZR 580/72 - AP Nr. 67 zu § 626 BGB, zu I 1 a der Gründe, m.w.N.; KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 43, m.w.N.).

III. Auch die Würdigung des Berufungsgerichts zur ordentlichen Kündigung der Beklagten begegnet revisionsrechtlich keinen durchgreifenden Bedenken.

1. Die Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung unterliegt im Revisionsverfahren ebenfalls nur einer eingeschränkten Nachprüfung dahin, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob die Unterordnung des Sachverhalts unter die Vorschrift des § 1 KSchG Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen widerspricht und ob die erforderliche Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (vgl. BAG Urteil vom 12. Oktober 1979 - 7 AZR 959/77 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand.

2. An die der Würdigung des Berufungsgerichts zugrundeliegende tatsächlichen Feststellung ist der Senat gebunden.

a) Das Berufungsgericht hat im unstreitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils festgestellt, daß der Kläger im Juni 1987 einen Herzinfarkt erlitten hat. Hieran ist der Senat gemäß § 561 Abs. 1 ZPO gebunden. Einen hiergegen nach § 320 ZPO allein zulässigen Tatbestandsberichtigungsantrag hat der Kläger nicht gestellt. Mit Verfahrensrügen in der Revisionsinstanz kann

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



diese tatbestandliche Feststellung nicht bekämpft werden. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Revision des Klägers in dem noch innerhalb der Revisionsbegründungsfrist eingereichten Schriftsatz vom 16. September 1988 mit ihrem Hinweis, man nenne heute jede Herzstörung Herzinfarkt, anzweifeln will, daß der Kläger einen Herzinfarkt erlitten habe, und insoweit eine zulässige Verfahrensrüge vorliegt. Der Vortrag des Klägers in der Revisionsverhandlung, es habe nur der Verdacht eines Herzinfarkts bestanden, ist neu und kann deshalb gemäß § 561 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden.

b) Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß nach einem Herzinfarkt die Gefahr eines neuen Infarkts immer gegeben ist. Es hat sich hierfür auf die Zeugenaussage des Bahnarztes gestützt. Auch insoweit geht es um eine tatsächliche Feststellung, an die der Senat gemäß § 561 Abs. 2 ZPO gebunden ist, weil hiergegen kein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist.

Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO entscheidet das Tatsachengericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme in freier Überzeugung, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Es muß im Urteil die Gründe angeben, die für die richterliche Überzeugung maßgebend gewesen sind. Eine hiergegen angebrachte Verfahrensrüge erfordert nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 Buchst. b ZPO die Bezeichnung der Tatsachen, die den Verfahrensmangel ergeben. Diese Prozeßtatsachen müssen in den wesentlichen Punkten genau und bestimmt angegeben werden (BAG Urteil vom



27. Oktober 1956 - 2 AZR 297/54 - AP Nr. 3 zu § 554 ZPO, zu 1 der Gründe).

Soweit in dem Vortrag des Klägers in der Revisionsbegründung und in dem Schriftsatz vom 16. September 1988 Verfahrensrügen enthalten sind, greifen sie nicht durch. Der Senat hat sich hiervon nach eingehender Prüfung überzeugt und sieht gemäß § 565 a ZPO von einer näheren Begründung ab.

3. Auf der Grundlage dieser tatsächlichen Feststellungen ist die weitere Würdigung des Berufungsgerichts, die ordentliche Kündigung sei sozial gerechtfertigt, weil die Beklagte den Kläger nicht mehr vertragsgemäß habe beschäftigen und auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz habe einsetzen können, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die Beklagte hat sich in dem Rahmenvertrag mit der Bundesbahn in § 4 Abs. 2 verpflichtet, nur Sicherheitskräfte einzusetzen, die den Anforderungen der Tauglichkeitsvorschrift der Bundesbahn entsprechen. Auf ihren Antrag sollte die Bundesbahn die Tauglichkeit durch ihren Bahnarzt prüfen lassen. Danach durfte die Beklagte einen Sicherheitsposten nicht mehr einsetzen, wenn bei diesem ein zur Untauglichkeit führender "Zustand nach Infarkt" im Sinne der Ziff. 77 der Fehlertafel der Tauglichkeitsarztanweisung vorlag und der nach § 2 Abs. 1 DS 107 für die Tauglichkeitsfeststellung zuständige Bahnarzt dies feststellte. Sicherheitsposten gehören gemäß § 7 Abs. 1 Buchst. a Nr. 2 DS 107 zu den Mitarbeitern im Alleindienst besonderer Art. Solche Mitar-



beiter dürfen als Unternehmerarbeiter in dieser Funktion nach der Tauglichkeitsbesonderheit 73 EB erst verwendet werden, wenn der Bahnarzt bestätigt hat, daß der Arbeiter die Anforderungen an die Beschäftigungstauglichkeit erfüllt.

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Parteien in § 11 Abs. 1 Satz 3 des Arbeitsvertrages die DS 107 zum Gegenstand des Arbeitsvertrags gemacht und damit auch im Verhältnis zueinander vereinbart haben, allein die formale Tatsache der Feststellung einer Untauglichkeit für die Beschäftigung als Sicherheitsposten im Sinne der DS 107 durch einen Bahnarzt solle ohne Rücksicht auf ihre sachliche Richtigkeit maßgebend sein und zur fristlosen Kündigung berechtigen (vgl. zur Problematik einer solchen Vereinbarung in einem Tarifvertrag Senatsurteil BAGE 34, 365 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesbahn). Denn vorliegend hat das Berufungsgericht, wie ausgeführt, für den Senat bindend festgestellt, daß tatsächlich nach einem Herzinfarkt immer die Gefahr eines Rückfalls besteht. Jedenfalls die tatsächlich bestehende Rückfallgefahr bei einer solchen Erkrankung kann die Bundesbahn als Grund für die Untauglichkeit zum Einsatz als Sicherungsposten auf ihren Baustellen ansehen. Sie hat ein berechtigtes Interesse daran, die mit dem Einsatz eines mit einem solchen Risiko behafteten Mitarbeiters im Alleindienst verbundene Gefährdung des Bahnbetriebes auszuschließen. Sie kann jedenfalls eine derartige Bedingung auch zum Inhalt von Verträgen mit Überwachungsunternehmen machen, die Sicherungsposten auf ihren Baustellen einsetzen.

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



c) Wie hieraus folgt, war der Beklagten eine weitere Verwendung des Klägers als Sicherheitsposten bei der Bundesbahn nicht mehr möglich. Da die Bundesbahn aus den genannten Gründen jedenfalls seine Weiterbeschäftigung wegen eines tatsächlich bestehenden Infarktrisikos ablehnen konnte, war es der Beklagten auch nicht zumutbar, sich nochmals bei der Bundesbahn wegen eines weiteren Einsatzes des Klägers zu verwenden.

d) Damit liegt ein Sachverhalt vor, der an sich geeignet ist, eine Kündigung sozial zu rechtfertigen. Das Berufungsgericht hat einen personenbedingten Grund im Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG für vorliegend erachtet. Das ist nach dem von ihm festgestellten Sachverhalt zutreffend. Da der Gesundheitszustand, der einer Weiterbeschäftigung als Sicherungsposten bei der Bundesbahn entgegensteht, tatsächlich festgestellt ist, liegt jedenfalls die hauptsächliche "Störquelle" in der Person des Klägers und nicht im betrieblichen oder außerbetrieblichen Bereich. Anders wäre zu befinden, wenn, wovon das Arbeitsgericht ausgegangen ist, die Ablehnung einer Weiterbeschäftigung des Klägers allein auf die formale Tatsache der Feststellung der Untauglichkeit durch einen Bahnarzt ohne Rücksicht auf ihre sachliche Richtigkeit gestützt würde. Dann läge der Grund für die Kündigung in erster Linie im betrieblichen Bereich, nämlich in den Besonderheiten der Vertragsbeziehungen zwischen der Beklagten und ihrer Auftraggeberin (vgl. zur Kündigung wegen eines sog. Mischtatbestandes: Senatsurteil vom 21. November 1985 - 2 AZR 21/85 - AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969).

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



e) Das Berufungsgericht hat auch ohne Rechtsfehler angenommen, daß die auf diesen Grund gestützte Kündigung der Beklagten gemäß § 1 Abs. 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine ordentliche Kündigung bei dauernder krankheitsbedingter Unfähigkeit des Arbeitnehmers, die vertraglich geschuldete Leistung zu verrichten, grundsätzlich sozial gerechtfertigt, sofern auch keine anderweitige Einsatzmöglichkeit im Betrieb besteht. Auch im Rahmen einer Interessenabwägung kann in solchen Fällen nur ausnahmsweise die Kündigung als sozial gerechtfertigt angesehen werden (BAG Urteile vom 21. Februar 1985 - 2 AZR 72/84 - nicht veröffentlicht und vom 30. Januar 1986 - 2 AZR 668/84 - ZIP 1987, 938 = NZA 1987, 555). Gleiches gilt, wenn zwar keine akute Erkrankung vorliegt, aus gesundheitlichen Gründen jedoch die Eignung des Arbeitnehmers für die vorgesehene vertragliche Tätigkeit auf Dauer nicht mehr gegeben ist.

Deshalb käme vorliegend nur noch eine anderweitige Einsatzmöglichkeit des Klägers im Betrieb der Beklagten als ein der sozialen Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung entgegenstehender Umstand in Betracht. Das Berufungsgericht hat jedoch festgestellt, daß die Beklagte den Kläger in S nur im bisherigen Rahmen, also bei der Bundesbahn als Sicherungsposten, einsetzen könnte und der Kläger nach eigenem Vortrag im Berufungstermin eine anderweitige Beschäftigung aus finanziellen Gründen abgelehnt habe. Insoweit handelt es sich um tatsächliche Feststellungen, an die der Senat ebenfalls gemäß § 561 ZPO gebunden ist.



Gegen die Feststellung der beschränkten Einsatzmöglichkeit des Klägers ist kein Verfahrensangriff erhoben. Die Feststellung des mündlichen Vorbringens des Klägers im Berufungstermin hätte nur mit einem Tatbestandberichtigungsantrag nach § 320 ZPO bekämpft werden können, da es Tatbestand im Sinne des § 314 ZPO ist, auch wenn es in den Entscheidungsgründen erscheint (vgl. BAGE 19, 342 = AP Nr. 13 zu § 91 a ZPO).

Hillebrecht

Triebfürst

Ascheid

Schulze

Wisskirchen

