

Aktenzeichen: 2 AZR 496/79

LAG Düsseldorf (Köln)

Urteil des BAG vom 24. September 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung; personenbedingte Kündigung; AZO §§ 3, 5, 6, 7, 14; ZPO 1977 §§ 313, 543; ZPO §§ 139, 286

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 496/79

22 Sa 542/78 Düsseldorf (Köln)

Verkündet am
24. September 1981

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 24. September 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Röhslers und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Wellhausen und Strümper für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 28. März 1979 - 22 Sa 542/78 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1926 geborene Kläger, ein griechischer Staatsangehöriger, war seit Ende November 1971 bei der Beklagten beschäftigt, die eine Kiesbaggerei betreibt. Er arbeitete regelmäßig von 6.00 Uhr morgens bis 18.00 Uhr abends an einer etwa 200 bis 300 Meter langen Bandstraße. Dort hatte er ständig entlang zu gehen, um heruntergefallenen Sand und Kies zu beseitigen. Sein letzter Monatslohn betrug 2.600,-- DM brutto.

Am 28. Oktober 1976 erlitt der Kläger einen Betriebsunfall und war bis zum 26. Mai 1977 arbeitsunfähig krank. Er hat hiervon ein Beinleiden zurückbehalten und bezieht eine Berufsunfallrente von monatlich 297,70 DM.

Nach dem 26. Mai 1977 wurde der Kläger zunächst wieder an der Bandstraße eingesetzt. Kurze Zeit nach der Arbeitsaufnahme war er wiederum einige Wochen krank und hatte danach geltend gemacht, er könne wegen seines Beinleidens nicht mehr an der Bandstraße arbeiten. Die Parteien einigten sich schließlich darauf, den Kläger als Fahrer eines Schwimmbaggers einzusetzen, den er zu bedienen und zu warten hatte. Hierzu gehörte auch das Abschmieren von Rollenköpfen. Der Kläger schmierte einige Rollenköpfe am oberen Teil des Krans nicht ab, so daß sie nach etwa 14 Tagen abgenutzt waren und erneuert werden mußten. Der Sohn des Geschäftsführers wies den Kläger auf die Pflicht hin, den Bagger vollständig zu warten und zu pflegen; anderenfalls müsse er mit seiner Entlassung rechnen. Der Kläger gab an, er könne wegen seines Beinleidens nicht auf den Kran steigen, um die oberen Rollenköpfe abzuschmieren.

Am 3. November 1977 war der Kläger seit 6.00 Uhr morgens als Baggerfahrer tätig. Er befand sich an diesem Tag allein in der Kiesgrube. Am Nachmittag stellte der Grubenmeister fest, daß die sechs Schwimmbänder der Bandstraße nicht mehr liefen. Sie waren durch heruntergefallenen Sand und Kies blockiert. Die Motoren und die angeschlossenen Keilriemen arbeiteten weiter, so daß 54 Keilriemen verschlissen waren. Der Grubenmeister forderte den Kläger vergeblich auf, die Bandstraße zu säubern.

Mit Schreiben vom 4. November 1977 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 19. November 1977. Das Schreiben lautet:

- 3 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

"... die von Ihnen in den letzten Wochen gezeigte bzw. erbrachte Arbeitsleistung entsprechen nicht mehr Ihren früher gezeigten Leistungen und unseren Erwartungen. Nach unseren Feststellungen können oder wollen Sie auch nicht mehr die Aufgaben eines Schwimmbaggerfahrers erfüllen, obwohl Sie hierzu durchaus in der Lage wären, da nach unseren Erkundigungen bei der Steinbruchsberggenossenschaft eine Beeinträchtigung Ihres Gesundheitszustandes auf Grund des Betriebsunfalles vom 28. 10. 1976 nicht gegeben ist.

Auch aus Ihrer Arbeitsverweigerung vom gestrigen Tage gegenüber unserem Grubenmeister Herrn S. müssen wir entnehmen, daß Sie nicht mehr gewillt sind, das Arbeitsverhältnis entsprechend Ihren früher gezeigten und erbrachten Leistungen fortzusetzen. Wir sehen uns daher gezwungen, daß zwischen Ihnen und uns bestehende Arbeitsverhältnis fristgemäß zum

19. November 1977 (letzter Arbeitstag)

aufzukündigen...."

Der Kläger stellte nach zwei Tagen die Arbeit ein. Er hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt. Er hat vorgetragen, die Arbeiten als Baggerfahrer habe er stets gewissenhaft ausgeführt. Er habe nur die in zehn Meter Höhe liegenden Rollenköpfe des Baggers nicht abschmieren können, weil er wegen seines Beinleidens nicht in der Lage sei, auf der am Bagger angebrachten Leiter in diese Höhe hinaufzusteigen. Das sei der Beklagten bekannt. Der Vorfall vom 3. November 1977 habe sich gegen 18.00 Uhr ereignet. Es sei bereits völlig dunkel und kein Licht für Reparaturen vorhanden gewesen. Das Verlangen des Grubenmeisters, unter diesen Umständen bis gegen 21/22 Uhr zu arbeiten, habe er aus gesundheitlichen Gründen berechtigt ablehnen können.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten nicht aufgelöst ist, sondern fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der Vorfall vom 3. November 1977 habe sich um 16.30 Uhr ereignet. Seine Weigerung, die Bandstraße zu säubern, habe er damit erklärt, er habe keine Lust mehr, er könne nicht mehr und gehe nach Hause. Er hätte bei etwas Aufmerksamkeit den Schaden verhindern können. Es sei ihm aber völlig gleichgültig gewesen, ob die Keilriemen verschlissen würden. Er hätte bis zum Schichtende um 18.00 Uhr arbeiten und die Bandstraße wieder räumen müssen.

Der Kläger sei ferner verpflichtet gewesen, sämtliche Rollenköpfe abzuschmieren. Hierzu sei er auch gesundheitlich in der Lage



gewesen. Ihm fehle es an Arbeits- und Einsatzwillen. Sollte er aber aus gesundheitlichen Gründen diese Arbeit nicht ausführen können, so sei ihr nicht zumutbar, einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, der zur geschuldeten Arbeitsleistung nur teilweise in der Lage sei. Die Mitarbeiter seien nicht bereit, diese Arbeit zu übernehmen. Ein anderer Arbeitsplatz sei für ihn nicht vorhanden. Er könne ihr auch nicht unzulässige Mehrarbeit vorwerfen. Während er in anderen Industriebetrieben längst entlassen worden wäre, habe er bei ihr Überstunden leisten dürfen und wollen.

Mit Schriftsatz vom 28. Dezember 1978 hat die Beklagte dem Kläger vorsorglich erneut gekündigt, weil er nach dem 6. November 1977 nicht mehr zur Arbeit erschienen sei.

Die Klage hatte in beiden Vorinstanzen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat ohne reversible Rechtsfehler die Kündigung der Beklagten für sozial ungerechtfertigt angesehen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger sei am 3. November 1977 zur Weiterarbeit nach 16.30 Uhr nicht verpflichtet gewesen. Eine tägliche Arbeitszeit von über zehn Stunden sei weder nach der Arbeitszeitordnung noch nach Tarifvertrag gestattet. Ein Notfall im Sinne von § 14 Abs. 1 AZO habe nicht vorgelegen. Die Beklagte habe die Arbeit durch andere Arbeitnehmer erledigen lassen können. Dazu sei sie aufgrund der körperlichen Beeinträchtigung des Klägers verpflichtet gewesen. Seine Weigerung verstoße auch nicht gegen Treu und Glauben, selbst wenn er die lange Arbeitszeit gewollt habe. Die Bestimmungen seien im öffentlichen Interesse ergangen. Der Arbeitnehmer könne nicht wirksam auf den Arbeitszeitschutz verzichten.

Der Kläger habe die Bänder am 3. November 1977 auch nicht vorsätzlich verstopfen lassen. Fahrlässigkeit könne vorliegen, reiche aber für die Kündigung nicht aus. Eine Unachtsamkeit könne jedem Arbeitnehmer einmal unterlaufen. Es müsse auch mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Unachtsamkeit des Klägers auf



die übermäßig lange Arbeitszeit zurückzuführen sei.

Unerheblich sei, ob der Kläger das wöchentlich einmal erforderliche und zehn Minuten dauernde Abs Schmieren der Rollen am Kopf des Förderkrans unterlassen habe. Auf einen entsprechenden Vorhalt der Beklagten habe er auf seine körperliche Beeinträchtigung hingewiesen. Die Beklagte habe sich nicht einfach auf den Standpunkt stellen dürfen, der Kläger sei wie ein Unversehrter zu dieser Arbeit fähig. Selbst bei gesenktem Kran habe er die Leiter zu einer beträchtlichen Höhe besteigen und in der einen Hand eine Fettspritze transportieren müssen. Er sei mehr absturzgefährdet als ein körperlich unversehrter Arbeiter.

Die teilweise Arbeitsunfähigkeit rechtfertige die Kündigung nicht. Die zeitlich unerheblichen Abs Schmierarbeiten hätten von einem Baggerfahrer einer anderen Schicht oder in der "Zwischenschicht" erledigt werden können, in der nur aufgeräumt werde. Zu dieser Fürsorge sei die Beklagte verpflichtet gewesen, weil der Kläger sich seine körperliche Beeinträchtigung bei ihr zugezogen habe.

Diese Ausführungen sind frei von revisiblen Rechtsfehlern. II. Die Revision rügt zunächst als Verfahrensfehler, das Berufungsurteil enthalte nicht den nach § 313 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erforderlichen Tatbestand. Der Vortrag der Beklagten sei nicht richtig wiedergegeben, ein Schriftsatz fehle völlig, ebenso ein Beweisbeschluß. Die Rüge ist unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat im formellen Tatbestand seines Urteils den Streitgegenstand bezeichnet, die Anträge hervorgehoben und auf einzelne Schriftsätze sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. Damit ist den Anforderungen genügt, die nach der Sondervorschrift des § 543 Abs. 2 ZPO an ein Berufungsurteil zu stellen sind, gegen das die Revision stattfindet. Danach ist eine Bezugnahme auf Schriftsätze zulässig, soweit hierdurch die Beurteilung des Parteivorbringens durch das Revisionsgericht nicht wesentlich erschwert wird. Vorliegend ergeben sich aber durch die Inbezugnahme der Schriftsätze und Sitzungsniederschriften keine Unklarheiten über den Tatsachenstoff, den das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Ob der Tatsachenvortrag einer Partei im Tatbestand zutreffend wiedergegeben ist, ist keine Frage des Fehlens, sondern der Richtigkeit des Tatbestandes.

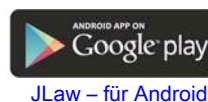


2. Soweit sich die Revision auf eine unrichtige oder unvollständige Wiedergabe des Sachverhalts im Tatbestand beruft, übersieht sie, daß solche Mängel nicht mit einer Verfahrensrüge in der Revisionsinstanz, sondern nur mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag nach § 320 ZPO bekämpft werden können, was vorliegend nicht geschehen ist. Dies gilt auch für die in tatsächlicher Hinsicht zutreffende Rüge, das Berufungsgericht habe den Schriftsatz der Beklagten vom 6. Dezember 1978 nicht in Bezug genommen. Damit ist zwar das Vorbringen in diesem Schriftsatz nicht Gegenstand des Tatbestandes geworden. Dies ist aber verfahrensrechtlich ebenso zu werten, als wenn das Berufungsgericht festgestellt hätte, die Beklagte habe bestimmte Tatsachen nicht vorgetragen. Auch gegen eine solche Feststellung wäre nur ein Tatbestandsberichtigungsantrag zulässig (vgl. BAG Urteil vom 13. März 1964 - 1 AZR 100/63 - AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, zu II 1 der Gründe).

Die Rüge, der Beweisbeschuß vom 10. Januar 1979 sei nicht wiedergegeben, ist bereits in tatsächlicher Hinsicht unbegründet, weil dieser Beschuß in der ebenfalls in Bezug genommenen Sitzungsniederschrift vom selben Tag aufgeführt und damit Inhalt des Tatbestandes geworden ist. Abgesehen davon ist die inhaltliche Wiedergabe eines Beweisbeschlusses im Tatbestand auch entbehrlich (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 39. Aufl. § 313 Anm. 6 Ca).

III. Auch die Rügen, mit denen die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Sozialwidrigkeit der Kündigung und die ihnen zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen bekämpft, greifen sämtlich nicht durch.

1. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die der Nachprüfung in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur dahin unterliegt, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist, bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 Abs. 2 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt oder ob bei der gebotenen Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind (vgl. BAG 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG; BAG 4, 152 = AP Nr. 18 zu § 3 TOA). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand.



2. Nach dem Vortrag der Beklagten (Bl. 56 VorA) war der "konkrete" und damit auslösende Kündigungsgrund für den Vorgesetzten des Klägers dessen Weigerung, am 3. November 1977 die durch heruntergefallenen Sand verstopften Förderbänder wieder freizuschaukeln. Die Rügen der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, insoweit fehle es an einer Vertragspflichtverletzung und damit an einem für die soziale Rechtfertigung der Kündigung geeigneten Grund, greifen nicht durch.

a) Das Berufungsgericht ist in tatsächlicher Hinsicht zugunsten der Beklagten davon ausgegangen, daß sich dieser Vorfall bereits um 16.30 Uhr und nicht, wie der Kläger behauptete, um 18.30 Uhr zugegetragen habe. Es hat festgestellt, daß der Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt mehr als zehn Stunden, nämlich seit 6.00 Uhr, gearbeitet habe.

Diese Feststellung greift die Revision ohne Erfolg mit der Rüge an, das Berufungsgericht hätte hierbei die Frühstücks- und Mittagspause berücksichtigen und dann zu der Erkenntnis gelangen müssen, daß der Kläger um 16.30 Uhr die Arbeitszeit noch nicht überschritten gehabt habe. Die Revision läßt außer Betracht, daß die Beklagte in den Vorinstanzen nicht konkret vorgetragen hatte, der Kläger habe Pausen machen dürfen und habe auch Pausen gemacht und aus diesem Grunde um 16.30 Uhr noch keine zehn Stunden gearbeitet. Selbst nachdem bereits das Arbeitsgericht festgestellt hatte, der Kläger habe zu diesem Zeitpunkt bereits eine über zehn Stunden hinausgehende Arbeitszeit hinter sich gehabt, hat sich die Beklagte hiergegen in der Berufungsinstanz nur mit der rechtlichen Wertung gewandt, der angebliche Verstoß gegen die Arbeitszeitordnung habe den Kläger im Hinblick auf sein Einverständnis, Überstunden zu leisten, nicht zur Arbeitsverweigerung berechtigt. Die Rüge der Revision gründet sich somit auf einen neuen Tatsachenvortrag, der jedoch in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden kann (§ 561 Abs. 1 ZPO).

b) Auch die materiellrechtliche Würdigung des Verhaltens des Klägers durch das Berufungsgericht enthält keinen Rechtsfehler.

Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß eine über zehn Stunden hinausgehende Arbeitszeit (ohne Pausen) mit den Vorschriften der Arbeitszeitordnung, die die regelmäßige Arbeitszeit auf acht Stunden (§ 3 AZO) und mittelbar die Wochenarbeitszeit



- 8 -

auf 48 Stunden für die Werktage beschränkt, auch im Hinblick auf die in der AZO enthaltenen Sonderregelungen nicht zu rechtfertigen gewesen wäre.

Der Kläger hatte schon mehr als zehn Stunden gearbeitet. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen auch nicht vorgetragen, daß seine Vertretung durch andere Arbeitnehmer zu jenem Zeitpunkt unmöglich gewesen sei. Deshalb war die abgelehnte Mehrarbeit nicht mit der Sonderregelung des § 5 AZO für Vor- und Abschlußarbeiten zu rechtfertigen. Da der Kläger aber auch regelmäßig mehr als zehn Stunden täglich gearbeitet hatte, konnte sich die Beklagte auch nicht auf § 6 AZO (Arbeitsverlängerung an 30 Tagen durch den Arbeitgeber) und § 7 AZO (Arbeitszeitverlängerung durch Tarifvertrag) berufen, weil nach diesen Vorschriften nur eine Arbeitszeitverlängerung bis zu zehn Stunden zulässig ist. Die Beklagte hat auch nicht behauptet, eine behördliche Genehmigung für eine zehn Stunden überschreitende tägliche Arbeitszeit zu besitzen (§ 8 Abs. 2 AZO).

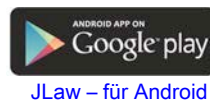
Zutreffend ist schließlich auch die Annahme des Berufungsgerichts, eine Überschreitung der zehnstündigen Arbeitszeit wäre auch nicht nach § 14 AZO gerechtfertigt gewesen, weil keine Notfälle oder außergewöhnlichen Fälle im Sinne dieser Bestimmung vorgelegen haben. An die in § 14 AZO aufgestellten Voraussetzungen müssen besonders strenge Anforderungen gestellt werden. Die Vorschrift ist nur dann anwendbar, wenn der Notstand und seine Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen sind, die Arbeitszeitverlängerung somit das einzige und letzte Mittel ist, drohende Nachteile abzuwenden (vgl. Zmarzlik, AZO § 14 Rz 1 und 8; Meisel/Hiersemann, AZO 2. Aufl. § 14 Rz 7 und 12). Beweispflichtig hierfür ist der Arbeitgeber (BAG Urteil vom 28. Februar 1958 - 1 AZR 491/56 - AP Nr. 1 zu § 14 AZO, zu III der Gründe). Hierzu hat die Beklagte aber in den Vorinstanzen nichts Erhebliches vorgetragen.

Zu Unrecht beruft sich die Revision auf das bisherige Einverständnis des Klägers mit der langen Arbeitszeit und das Fehlen einer entsprechenden Erklärung vor Schichtbeginn, künftig nicht mehr als zehn Stunden arbeiten zu wollen. Das Berufungsgericht hat richtig erkannt, daß die Vorschriften der AZO über die Höchst-

- 9 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

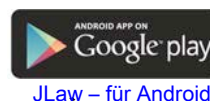
grenzen der zulässigen Arbeitszeit nicht wirksam abbedungen werden können und insbesondere der Arbeitnehmer auf ihre Einhaltung weder vor noch nach Überschreitung der zulässigen Arbeitszeit verzichten kann, weil sie dem öffentlichen Recht angehören. Auch dann, wenn sich ein Arbeitnehmer zunächst mit der unzulässigen Mehrarbeit einverstanden erklärt, kann ihm der Arbeitgeber kein treuwidriges Verhalten vorwerfen, wenn er sich später nicht mehr daran halten will (vgl. BAG Urteil vom 28. Oktober 1971 - 2 AZR 15/71 - AP Nr. 62 zu § 626 BGB, zu II 2 b der Gründe).

3. Dem Berufungsgericht ist auch kein Rechtsfehler unterlaufen, soweit es im Zusammenhang mit der Blockierung der Förderbänder und dem hierdurch entstandenen Schaden nur ein allenfalls fahrlässiges Verhalten des Klägers angenommen hat, das die Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöge.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte nach ihrem - näher bezeichneten - Tatsachenvortrag zu dem Ergebnis kommen müssen, daß der Kläger den Schaden bedingt vorsätzlich herbeigeführt habe. Diese Rüge ist unbegründet.

Bedingt vorsätzlich handelt, wer den als möglich erkannten Erfolg billigend in Kauf nimmt (vgl. BGHZ 7, 311, 313). Die Beklagte hätte somit Tatsachen vortragen müssen, aus denen sich zwingend eine dahingehende Willensrichtung des Klägers ergibt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Beklagte hatte vorgetragen, der Kläger hätte lediglich die Bandstraße zu Schichtbeginn überprüfen und später auf heruntergefallenen Sand kontrollieren müssen. Durch einen Blick vom Bagger zurück auf die Bandstraße hätte er jederzeit den Umfang der bisher heruntergefallenen Sandmengen feststellen können. Stattdessen habe er die Bänder ohne Kontrolle laufen lassen.

Nach seinem unbestritten gebliebenen Vortrag (Sitzungsniederschrift vom 23. Mai 1978, Bl. 36 VorA) war der Kläger jedoch an jenem Tag allein in der Kiesgrube, während, wie sich aus dem gesamten Vortrag der Beklagten ergibt, normalerweise, so wie früher der Kläger, ein Arbeiter an der Bandstraße zum Sauberhalten eingesetzt war. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dem Kläger sei dies an jenem Tag bekannt gewesen. Bestand für ihn aber kein Anlaß, seine Aufmerksamkeit mehr als sonst dem Zustand der Bandstraße zu widmen, so konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler



den Vortrag der Beklagten insgesamt dahin werten, daß für ein bedingt vorsätzliches Handeln des Klägers nichts ersichtlich sei.

b) Die weitere Würdigung des Berufungsgerichts, auch bei Annahme eines fahrlässigen Handelns des Klägers sei die Kündigung aus diesem Grunde nicht angemessen und billigenswert, hält sich im Rahmen des vom Revisionsgericht nicht nachprüfbaren Beurteilungsspielraums des Tatsachengerichts. Das Berufungsgericht durfte bei seiner Wertung insbesondere auch die ständige überlange Arbeitszeit des Klägers berücksichtigen. Schließlich sah nach dem eigenen Vortrag der Beklagten selbst der vorge-setzte Grubenmeister nicht dieses Verhalten des Klägers, sondern seine anschließende, wie ausgeführt, berechtigte Weigerung, die Bandstraße wieder freizuschaufeln, als den "konkreten" Entlas-sungsgrund an.

4. Auch soweit das Berufungsgericht in der Weigerung des Klä-gers, die oberen Rollenköpfe des Baggers abzuschmieren, keinen zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung ausreichenden Grund gesehen hat, hält sein Urteil den Angriffen der Revision stand.

a) Die Revision rügt zwar formell ordnungsgemäß, das Berufungs-gericht habe Beweisangebote der Beklagten für ihre Behauptung übergangen, der Kläger sei gesundheitlich völlig wiederherge-stellt und insbesondere auch in der Lage gewesen, zu den oberen Rollenköpfen des Baggers hinaufzusteigen. Das Berufungsgericht habe sich nur auf Vermutungen beschränkt. Die Rüge ist jedoch sachlich unbegründet.

Die Zuziehung eines Sachverständigen nach § 144 ZPO liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatsachengerichts. Es kann hier-von absehen, wenn es genügend sachkundig ist und dies die Urteils-gründe erkennen lassen (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aaO, § 286 Anm. 3 B). Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt (S. 5 der Entscheidungsgründe), daß der Kläger gehbehindert sei, auch bei abgesenktem Kran auf der Leiter zu einer beträchtlichen Höhe emporsteigen und hierbei in der einen Hand noch eine "Fettspritze" habe tragen müssen. Die Be-klagte hat zudem eine Gehbehinderung des Klägers (Nachziehen des Fußes) selbst eingeräumt (Bl. 54 VorA). Das Berufungsgericht konnte aus diesen Umständen auch ohne Zuhilfenahme eines Sach-verständigen folgern, der Kläger sei jedenfalls mehr absturz-

gefährdet gewesen als ein nicht Gehbehinderter, und habe deshalb die oberen Rollenköpfe nicht gefahrlos abschmieren können. Auch der weitere Vortrag der Beklagten, der Kläger habe täglich trotz seiner Gehbehinderung eine Strecke von drei Kilometern zwischen Wohnung und Arbeitsstelle zurücklegen können, brauchte das Berufungsgericht nicht zur Erhebung von Sachverständigenbeweis zu veranlassen. Die Fähigkeit zum Gehen auf ebener Strecke ist mit dem Besteigen einer Leiter unter den festgestellten erschwerten Umständen nicht vergleichbar.

Ohne Erfolg rügt die Revision in diesem Zusammenhang noch als Verfahrensfehler, das Berufungsgericht habe den Beweisbeschluss über die Vernehmung eines Sachverständigen nicht ausgeführt. Das Tatsachengericht kann im Rahmen des ihm eingeräumten pflichtgemäßen Ermessens auch von einer zunächst erwogenen Zuziehung eines Sachverständigen wieder absehen (vgl. BAG Urteil vom 22. Februar 1972 - 4 AZR 163/71 - AP Nr. 50 zu §§ 22, 23 BAT, Bl. 640 R.).

b) Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Weigerung des Klägers, unter diesen Umständen die oberen Rollenköpfe des Baggers abzuschmieren, stelle keine die Kündigung rechtfertigende Vertragsverletzung dar, hält sich wiederum im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz und ist deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Kläger hatte der Beklagten seinen Standpunkt ausdrücklich mitgeteilt und sich hierfür auf seinen Gesundheitsschaden berufen.

5. Das angefochtene Urteil ist auch insoweit revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, als es die Kündigung unter dem von der Beklagten hilfsweise geltend gemachten Gesichtspunkt einer bestehenden teilweisen oder völligen Arbeitsunfähigkeit für sozial ungerechtfertigt angesehen hat.

a) Dies gilt zunächst für die vom Berufungsgericht angenommene Untauglichkeit des Klägers, die oberen Rollenköpfe des Baggers ohne Gefährdung seiner Sicherheit zu schmieren.

Selbst wenn der Arbeitnehmer für die vertraglich vorgesehene Arbeit in vollem Umfang aus gesundheitlichen Gründen unfähig ist, kann eine ordentliche Kündigung nur dann in Betracht kommen, wenn dies unzumutbare Auswirkungen auf den Betrieb hat. Denn bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer wegen Dauererkrankung ausgesprochenen Kündigung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit



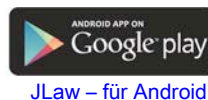
zu beachten (vgl. BAG 33, 148 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu II 2 c der Gründe). Dies gilt dann in verstärktem Maße für eine partielle Arbeitsunfähigkeit. Im Streitfall hat das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht für das Revisionsgericht bindend festgestellt (§ 561 ZPO), daß die Abschmierarbeiten nur einmal in der Woche auszuführen sind und etwa zehn Minuten in Anspruch nehmen. Wenn das Berufungsgericht angenommen hat, daß es der Beklagten zumutbar war, diese nur geringe Zeit in Anspruch nehmende Wartungszeit entweder durch den Baggerfahrer der anderen Schicht oder durch einen anderen Arbeitnehmer in der "Zwischenschicht" ausführen zu lassen, zumal der Kläger sich seinen Gesundheitsschaden bei einem Betriebsunfall zugezogen hatte, so hat es mit dieser Würdigung den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum ebenfalls nicht überschritten.

b) Zu Unrecht beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe sich mit dem unter Beweis gestellten Hilfsvortrag der Beklagten nicht auseinandergesetzt, der Kläger sei für den Posten des Baggerfahrers völlig ungeeignet und unfähig. Die Beklagte habe sich wiederholt auf den fehlenden Arbeits- und Leistungswillen berufen.

Zu Unrecht meint die Revision, deswegen liege der absolute Revisionsgrund des Fehlens von Gründen nach § 551 Nr. 7 ZPO vor. Diese Vorschrift greift erst ein, wenn Gründe gänzlich oder zu wesentlichen Streitpunkten völlig fehlen, oder wenn sie unverständlich oder inhaltlos, nicht aber bereits dann, wenn sie oberflächlich oder unzulänglich sind. Das Berufungsgericht hat jedoch seine Entscheidung ausreichend und verständlich begründet.

In der Sache rügt die Revision hier eine Verletzung des § 286 ZPO, weil wesentlicher Parteivortrag nicht berücksichtigt worden sei. Auch diese Rüge geht fehl, weil die Beklagte in den angeführten Schriftsätzen keine konkreten, einer Beweiserhebung zugänglichen Tatsachen behauptet, sondern nur pauschale Werturteile gefällt hatte. Von einer weiteren Begründung wird insoweit gemäß § 565 a ZPO abgesehen.

6. Das Berufungsgericht hat schließlich auch ohne Rechtsfehler das Fernbleiben des Klägers ab Montag, dem 7. November 1977, nicht zur Rechtfertigung der Kündigung für geeignet befunden,



- 13 -

weil dieses Verhalten zeitlich nach der Kündigung liege. Die Revision rügt ohne Erfolg als Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO), die Kündigung sei dem Kläger "vermutlich" erst am 7. November 1977 zugegangen, so daß Vorfälle bis zu diesem Zeitpunkt noch einen Kündigungsgrund abgeben könnten; das Berufungsgericht hätte daher den Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens aufklären müssen. Hierzu war das Berufungsgericht jedoch nicht verpflichtet, nachdem bereits der Kläger in der Klageschrift vorgetragen hatte, das Kündigungsschreiben sei ihm am 4. November 1977 zugegangen, auch das Arbeitsgericht hiervon ausgegangen war und die Beklagte sich in der Berufungsinstanz gegen diese Annahme nicht gewandt hatte.

IV. Die Revision war deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Triebfürst

G. Wellhausen

Strümper



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)