

Aktenzeichen: 2 AZR 597/79

LAG Schleswig-Holstein

Urteil des BAG vom 5. November 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 326 Abs. 1, § 626 Abs. 1; ZPO § 286

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 597/79

4 (5) Sa 408/78 Schleswig-
Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
5. November 1981

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

PP.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. November 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Röhsler und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Sickert und Dr. Bensinger für Recht erkannt:

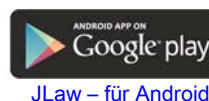
1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 30. März 1979 - 4 (5) Sa 408/78 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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:

Die Beklagte betreibt ein Altenheim, in dem sich auch pflegebedürftige Heimbewohner befinden. Die Klägerin ist staatlich geprüfte Krankenpflegehelferin und war bei der Beklagten seit September 1977 beschäftigt. Sie wurde für Wechselschicht eingestellt. Spätestens seit Weihnachten 1977 arbeitete sie aber nur noch in der Vormittagsschicht, die um 6.30 Uhr begann und um 13.30 Uhr endete. Am 8. oder 9. Juni 1978 teilte die Heimleiterin ihr mit, daß sie in der Woche ab 12. Juni 1978 in der Nachmittagsschicht von 14.30 Uhr bis 21.00 Uhr arbeiten solle. Das tat die Klägerin am 12. Juni 1978. An einem der nächsten Tage teilte sie aber der Heimleiterin mit, sie hätte sich vorher schon für den 17. Juni Theaterkarten besorgt und fragte, ob sie deswegen nicht an diesem Abend zwei Stunden früher, also um 19.00 Uhr, gehen könne. Die Heimleiterin S erwiderte sinngemäß, dies sei möglich, wenn die Klägerin für Ersatz Sorge. Die Klägerin sprach daraufhin Herrn H an mit der Bitte, sie zu vertreten. Herr H, der bei der Beklagten nicht fest angestellt ist und wegen einer Hirnverletzung erwerbsunfähig ist, kam dieser Bitte nach.

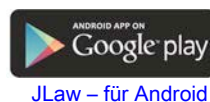
Am 17. Juni verließ die Klägerin um 19.00 Uhr das Altenheim. Bevor sie ging, gab sie der Heimbewohnerin Frau L eine Tablette von dem Beruhigungsmittel Distraneurin. Frau L ist teilweise geistig verwirrt und liegt in einem Bett, in dem sie angegurtet werden kann. Von 19.00 Uhr bis 21.00 Uhr übernahm am 17. Juni 1978 Herr H die Aufsicht über das Heim. Am 18. Juni 1978 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristlos. Dagegen richtet sich die Klage, mit der die Klägerin auch das Gehalt bis 30. September 1978, hilfsweise eine Urlaubsabgeltung fordert.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 17. Juni 1978 nicht aufgelöst worden ist,



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



- 3 -

2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 8.800,-- DM brutto abzüglich 800,-- DM netto zu zahlen,
3. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 806,66 DM brutto Urlaubsabgeltung nebst 4 % Zinsen seit dem 8. Juli 1978 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

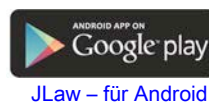
Zur Begründung ihres Antrags hat sie vorgetragen, die fristlose Kündigung sei begründet, weil die Klägerin am 17. Juni 1978 eigenmächtig den Arbeitsplatz verlassen habe. Von 19.00 Uhr bis 21.00 Uhr sei das Heim ohne Aufsicht gewesen. Herr H könne als Pflegeperson nicht angesehen werden. Er sei wegen der Hirnverletzung 100 % erwerbsgemindert; er habe nie als Pflege- oder Aufsichtsperson gearbeitet. Es sei zwar richtig, daß sich Herr H des öfteren im Heim aufgehalten und mit dem Personal zusammen sein Mittagessen eingenommen habe. Das habe die Beklagte jedoch nur geduldet, weil Herr H ein alter Bekannter ihres Ehemannes sei. Irgendwie tätig sei Herr H mit ihrer Einwilligung nie gewesen. Im Übrigen habe die Klägerin auch schwer gegen ihre Dienstpflicht verstoßen, als sie an jenem Abend nicht nur die eine Tablette, sondern insgesamt vier Tabletten Distraneurin an vier Personen verabreicht habe. Dies ergebe sich daraus, daß am nächsten Morgen insgesamt vier Tabletten Distraneurin gefehlt hätten. Herrn H habe die Klägerin am Abend des 17. Juni gesagt: "Denen im Zimmer 40 habe ich Distraneurin gegeben; die werden schlafen und keine Schwierigkeiten machen." Distraneurin sei ein gefährliches Medikament. Nach Einnahme dieses Mittels seien die Patienten zeitlich und örtlich völlig desorientiert. Bei längerer Einnahme würden die Patienten von dem Mittel abhängig. Das Mittel dürfe nur unter ärztlicher Kontrolle und nach ärztlicher Anweisung verabreicht werden. Darauf sei die Klägerin auch hingewiesen worden.

Die Klägerin hat erwidert, Herr H habe seit Wochen als Pfleger gewirkt und habe die gleiche Arbeit

- 4 -



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



- 4 -

wie sie, die Klägerin, insbesondere die Aufsicht, versehen; er habe auch einen weißen Kittel getragen. Die Beklagte habe sowohl ihn als auch andere nicht ausgebildete Personen, z. B. eine Studentin und zwei Küchenhilfen, als alleinige Aufsicht über das Altenheim bestellt. Dabei müsse berücksichtigt werden, daß in dem Heim nur wenige bettlägerige und keine schwerkranke Personen seien. Die Klägerin hat weiter vorgetragen, sie habe lediglich der Patientin L eine Tablette Distraneurin gegeben, anderen Patienten nicht. Der Heimarzt Dr. F habe ihr schon einige Tage vorher gesagt, sie solle Frau L Distraneurin oder Valium geben, wenn sie unruhig sei.

Das Arbeitsgericht hat nach Einholung eines ärztlichen Gutachtens durch Urteil vom 14. September 1978 die Hauptanträge der Klägerin abgewiesen und auf ihren Hilfsantrag die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 806,66 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 8. Juli 1978 zu zahlen. Das Landesarbeitsgericht hat durch Urteil vom 30. März 1979 die Berufung der Klägerin, die sich gegen die Abweisung der Hauptanträge richtet, zurückgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin weiterhin die Verurteilung der Beklagten nach den gestellten Hauptanträgen, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

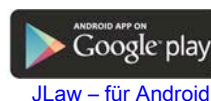
Die Revision ist zulässig und begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Beklagten sei eine Weiterbeschäftigung der Klägerin auch nur bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht zumutbar. Die Klägerin habe den Spätdienst im Altenheim am 17. Juni 1978 angetreten und hätte ihn auch ordnungsgemäß zu Ende führen müssen, unabhängig davon, ob sie sonst zur Arbeit in der Spätschicht verpflichtet gewesen sei. Etwas anderes hätte nur gegolten, wenn sie sich durch einen Pfleger hätte vertreten lassen, denn dies habe ihr die Beklagte gestattet. Der zum Ersatz

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

bestellte Herr H sei aber selbst nach Behauptung der Klägerin kein Pfleger und habe auch nicht dauernd in den Diensten der Beklagten gestanden. Deshalb hätte sich die Klägerin zumindest bei der Beklagten vergewissern müssen, ob diese mit der Vertretung durch Herrn H einverstanden gewesen sei. Darüber hinaus sei die Klägerin den Beweis schuldig geblieben für ihre Behauptung, Herr H sei für derartige Arbeiten schon öfters herangezogen worden. Ihr sei auch nicht der Beweis gelungen, daß andere ungeeignete Kräfte die alleinige Aufsicht über das Haus ausgeübt hätten. Die 17-jährige Zeugin G habe die entsprechende Frage eindeutig verneint, dagegen habe die 54 Jahre alte Zeugin He bekundet, sie sei auch mal etwas früher gegangen, dann seien aber Frau Si oder die Zeugin G, eine Aushilfsküchenhilfe, dagewesen. Durch diese Aussage sei die Behauptung der Klägerin jedoch nicht bewiesen, weil die Zeugin He glaubhaft ausgesagt habe, es sei stets eine Kraft aus dem Heim anwesend gewesen.

Besonders erschwerend sei, daß die Klägerin der "Patientin" L eine Tablette Distraneurin gegeben habe. Die Klägerin habe nach eigenem Vorbringen die Befugnis zur Verabreichung von Distraneurin nur für den Fall gehabt, daß Frau L unruhig sei. Das könne aber nicht gewesen sein, weil nach dem Vortrag der Klägerin Frau L am Abend des 17. Juni 1978 nicht angeschnallt gewesen sei. Es sei somit nicht auszuschließen, daß die Klägerin das Mittel nur deshalb verabreicht habe, um ungestört den Dienst vorzeitig verlassen zu können. Daraus ergebe sich weiter, daß die Klägerin nur wenig Vertrauen zu ihrem Vertreter gehabt haben könne. Schließlich habe die Beklagte behauptet, die Klägerin habe Frau L nach Verabreichung des Distraneurins genau beobachten müssen, dem sei die Klägerin nicht entgegen getreten. Dieses Verhalten wiege besonders schwer und rechtfertige zusammen mit den anderen Vertragsverletzungen die fristlose Kündigung.

- 6 -



II. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist nicht frei von Rechtsfehlern, die wegen der Notwendigkeit, den Sachverhalt weiter aufzuklären, zur Zurückverweisung des Rechtsstreites an das Landesarbeitsgericht führen.

1. Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB durch das Landesarbeitsgericht kann vom Revisionsgericht nicht uneingeschränkt nachgeprüft werden. Entscheidend ist allein, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt oder unrichtig angewandt hat. Das Revisionsgericht kann insoweit nur nachprüfen, ob ein bestimmter Vorgang für sich genommen überhaupt geeignet ist, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB zu bilden, und ob das Berufungsgericht alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet und abgewogen hat (ständige Rechtsprechung: vgl. statt vieler BAG vom 17.8.1972 – 2 AZR 415/71 – BAG 24, 401 [407] = AP Nr. 65 zu § 626 BGB [zu III 1 der Gründe]).

2. Selbst unter Berücksichtigung der eingeschränkten Nachprüfbarkeit des § 626 BGB kann das Urteil keinen Bestand haben.

a) Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß die Klägerin verpflichtet gewesen ist, am 17. Juni 1978 die Aufsicht in der Spätschicht über das Altenheim zu führen. Aufgrund des ursprünglichen Arbeitsvertrages war die Klägerin verpflichtet, in Wechselschicht zu arbeiten. Zwischen den Parteien ist zwar unstreitig, daß die Klägerin spätestens seit Weihnachten 1977 nur noch in der Frühschicht gearbeitet hat, weil eine Krankenschwester nur in der Nachmittagsschicht arbeiten wollte. Es könnte sich deshalb der Arbeitsvertrag aus diesem Grunde auf die Vormittagsschicht konkretisiert haben (vgl. dazu das Urteil des Senates vom 12.4.1973 – 2 AZR 291/72 – AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 45 VII 1), so daß die Beklagte die Arbeitszeit allein mittels ihres Direktionsrechts nicht mehr ändern konnte. Darauf kommt es aber entgegen der Auffassung der Revision vorliegend nicht an, weil die Klägerin auf die Weisung der Beklagten, in der Woche ab dem 12. Juni 1978 in der Spätschicht zu



- 7 -

arbeiten, den Dienst in der Spätschicht auch angetreten hat. Damit hat die Klägerin die Zustimmung zu der veränderten Arbeitszeit in dieser Woche gegeben. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß die Klägerin nach dem Antritt der Arbeit darauf hingewiesen hat, sie habe bereits für den 17. Juni 1978 Theaterkarten erstanden und aus diesem Grunde um Dienstbefreiung am 17. Juni 1978 ab 19.00 Uhr gebeten. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin bereits ihre Zustimmung zur Arbeit in der Spätschicht in der Woche ab 12. Juni 1978 gegeben. Im übrigen hat sie auf die Antwort der Beklagten, sie könne um 19.00 Uhr ihren Arbeitsplatz verlassen, wenn sie eine geeignete Vertretung finde, nichts erwidert und auch am 17. Juni 1978 ihren Dienst angetreten. Damit hat sie auch noch einmal am 17. Juni 1978 konkludent ihre Zustimmung zu der Regelung gegeben, am 17. Juni 1978 bis 21.00 Uhr zu arbeiten, falls sie keine Vertretung für die Zeit von 19.00 Uhr bis 21.00 Uhr finde.

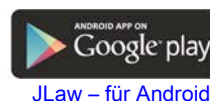
b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch allein schon darin einen Grund zur fristlosen Kündigung gesehen, daß die Klägerin am 17. Juni 1978 um 19.00 Uhr das Heim verlassen hat.

aa) Nach § 626 BGB ist der Kündigende für alle Umstände darlegungs- und beweisbelastet, die als wichtige Gründe geeignet sein können (BAG vom 17.4.1956 - 2 AZR 340/55 - BAG 2, 333 [339] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB; KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 275 m.w.N.). Der Kündigende muß also in vollem Umfang die Voraussetzungen für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung darlegen und beweisen (BAG vom 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - BAG 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 a der Gründe]). Das gilt auch für diejenigen Umstände, die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe für das Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers ausschließen sollen (BAG vom 12.8.1976 - 2 AZR 237/75 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., RdNr. 220 und 221). Wird einem Arbeitnehmer zum Beispiel wegen grober Beleidigung

- 8 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 8 -

gung gekündigt und beruft er sich darauf, er sei durch beleidigende Äußerungen des Arbeitgebers, die er näher darlegt, gereizt worden, so obliegt es dem Arbeitgeber zu beweisen, daß er seinerseits den Arbeitnehmer nicht vorher beleidigt hatte (vgl. KR-Hillebrecht aaO Rz 276). Der Arbeitgeber muß also bei einer substantiierten Einlassung des gekündigten Arbeitnehmers beweisen, daß die Behauptungen des Arbeitnehmers nicht zutreffen. Die Verkenntung der Darlegungs- und Beweislast ist ein materieller Rechtsfehler, der revisionsrechtlich ohne Verfahrensrüge zu beachten ist (BAG vom 16.3.1972 - 2 AZR 202/71 - BAG 24, 198 = AP Nr. 2 zu § 111 BBiG [zu 2a der Gründe] und BAG vom 14.6.1958 - 2 AZR 188/55 - AP Nr. 1 zu § 529 ZPO [zu B 1 der Gründe]). Ihre Beachtung ist daher vom Revisionsgericht von Amts wegen zu überprüfen.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat vorliegend die Darlegungs- und Beweislast verkannt und ist aus diesem Grunde ohne die erforderlichen Feststellungen, zum Teil sogar nur aufgrund von bestrittenen Behauptungen der Beklagten zu dem Ergebnis gelangt, die weitere Zusammenarbeit bis zum Ende der Kündigungsfrist sei dieser nicht zumutbar.

Die Beklagte hat der Klägerin vorgeworfen, sie habe das Heim verlassen, ohne für eine ausreichende Aufsicht zu sorgen. Der von ihr als Vertreter bestellte Herr H könne nicht als Pflegeperson angesehen werden. Er sei infolge einer Hirnverletzung 100 % erwerbsgemindert und habe nie als Pflege- oder Aufsichtsperson gearbeitet. Darauf hat die Klägerin erwidert, Herrn H Erwerbsunfähigkeit und deren Ursache seien ihr nicht bekannt gewesen. Herr H

habe in den letzten Wochen und Monaten als Pfleger gearbeitet, habe auch schon die alleinige Aufsicht gehabt und einen weißen Kittel getragen. Im übrigen hätten auch andere nicht als Pfleger ausgebildete Mitarbeiter schon des öfteren die alleinige Aufsicht gehabt. Nachdem beide Parteien auf die zunächst beantragte Vernehmung des Herrn H als Zeugen verzichtet haben, hat das Landes-

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

arbeitsgericht ausgeführt, die Klägerin sei für ihre Behauptung, Herr H sei für derartige Arbeiten herangezogen worden, den Beweis schuldig geblieben. Bei zutreffender Verteilung der Beweislast wäre das Berufungsgericht jedoch möglicherweise zu dem Ergebnis gekommen, es sei davon auszugehen, daß die Behauptungen der Klägerin zutreffen oder nicht widerlegt sind, da die Beklagte das Beweismittel für ihre Behauptung, Herr H sei als Aufsichtsperson ungeeignet, zurückgezogen hatte.

cc) In Verkennung der Beweislastverteilung hat das Landesarbeitsgericht weiter ausgeführt, der Klägerin sei auch nicht der Nachweis gelungen, daß sonst ungeeignete Kräfte die alleinige Aufsicht über das Heim ausgeübt hätten. Es wäre auch hier Sache der Beklagten gewesen zu beweisen, daß sonst nur geeignete Personen das Heim beaufsichtigt hatten. Wenn nun die Zeugin G bekundet hat, sie wisse nichts darüber, daß die Beklagte eine Studentin oder eine Küchenhilfe zur Aufsicht über das Heim bestellt habe, die von der Klägerin in die Sitzung bestellte Krankenschwester He aber als Zeugin ausgesagt hat, gerade die Aushilfsküchenhilfe G und die in der Küche beschäftigte Frau Si hätten in den Fällen allein das Haus beaufsichtigt, in denen sie früher gegangen sei, so ist zumindest nicht erwiesen, daß keine ungeeigneten Personen das Altenheim beaufsichtigt haben. Das Landesarbeitsgericht hätte zunächst in eine Beweiswürdigung eintreten müssen und hierbei auf die Glaubwürdigkeit der einander widersprechenden Zeuginnen eingehen müssen. Das Unterlassen der vollständigen Beweiswürdigung, insbesondere der Prüfung der Glaubwürdigkeit, ist ein Verstoß gegen § 286 ZPO, den die Klägerin auch ordnungsgemäß nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO gerügt hat.

dd) Die Revision rügt auch zu Recht einen Verstoß gegen die Denkgesetze. Das Berufungsgericht schließt aus dem Vortrag der Klägerin, die Patientin L sei nur angeschallt worden, wenn sie aus Unruhe das Bett habe ver-

- 10 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

lassen wollen und der Tatsache, daß sie am 17. Juni 1978 nicht angeschnallt gewesen ist, habe sie an diesem Tage auch nicht unruhig gewesen sein können. Dabei übersieht das Berufungsgericht, daß es verschiedene Stadien und Grade der Unruhe gibt. Es verkennt vor allem, daß möglicherweise das Anschnallen das letzte Mittel der Pfleger ist, um eine sehr unruhige Patientin vor sich selbst zu schützen, wenn Medikamente wie Distraneurin nicht mehr zu einer Beruhigung führen. Es wäre Aufgabe des Landesarbeitsgerichts gewesen, aufgrund der angebotenen Beweismittel festzustellen, ob die Heimbewohnerin L an jenem Abend des 17. Juni 1978 unruhig gewesen ist oder nicht.

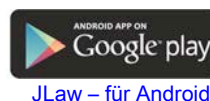
ee) Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht auch bei diesem Teil des Sachverhalts die Darlegungs- und Beweislastverteilung verkannt, indem es ausgeführt hat, "... somit (sei) nicht auszuschließen, daß die Klägerin der Patientin das Mittel Distraneurin deshalb gegeben hat, um ungestört den Dienst vorzeitig verlassen zu können." Die Beklagte hätte eine entsprechende Behauptung aufstellen und Beweis antreten müssen. Dem ist sie auch insofern nachgekommen, als sie unter Beweisantritt vorgetragen hat, die Klägerin habe unbefugt und ohne sachlichen Grund am Abend des 17. Juni 1978 vier Heimbewohnern Distraneurin gegeben. Dieser Behauptung hat die Klägerin substantiiert widersprochen. Deshalb hätte nunmehr das Landesarbeitsgericht aufgrund einer Beweisaufnahme entsprechende Feststellungen treffen müssen, anstatt sich mit der Möglichkeit zufrieden zu geben, daß die Behauptung der Beklagten zutreffe.

c) Voraussetzung einer rechtswirksamen fristlosen Kündigung bei Störungen im Leistungsbereich ist entsprechend einem in § 326 Abs. 1 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken eine vorherige vergebliche Abmahnung (BAG vom 29.7.1976 - 3 AZR 50/75 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung [zu 4 c der Gründe] und BAG vom 18.1.1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung [zu 2 a der Gründe]; KR-Hillebrecht

- 11 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 11 -

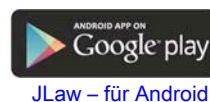
§ 626 BGB Rz 96 ff., 190; KR-Becker § 1 KSchG Rz 99, beide m.w.N.). Von einer Abmahnung in diesen Fällen kann nur dann abgesehen werden, wenn sie im Hinblick auf die Einsichts- oder Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers keinen Erfolg verspricht oder es sich um eine besonders schwere Pflichtverletzung handelt, deren Unzulässigkeit und mögliche Folgen der Arbeitnehmer ohnehin kennt (Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz. 90 a). Für die Annahme einer Abmahnung ist es erforderlich, daß der Arbeitnehmer darauf hingewiesen wird, das beanstandete Verhalten werde nicht länger hingenommen. Im Wiederholungsfalle müsse er mit dem Verlust des Arbeitsplatzes rechnen (BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung).

Vorliegend behauptet die Beklagte zwei Leistungsstörungen, die zugleich den Vertrauensbereich berühren. Auch bei einem solchen Sachverhalt, bei dem eine Abgrenzung zwischen Leistungs- und Vertrauensbereich nicht möglich oder willkürlich wäre, ist eine Abmahnung erforderlich (vgl. KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 100). Das Landesarbeitsgericht hätte daher prüfen müssen, ob die Klägerin wegen gleichartiger Verstöße bereits abgemahnt war. Dies trifft für das sonstige von der Beklagten behauptete vorzeitige Verlassen des Arbeitsplatzes durch die Klägerin nicht zu, weil die Parteien gemäß Protokoll der Güteverhandlung vom 18. Juli 1978 unstreitig gestellt haben, daß die - von der Klägerin sonst wahrgenommene - Frühschicht von 6.30 Uhr bis 13.30 Uhr ging. Damit ist der frühere Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe die Frühschicht des öfteren um 13.30 Uhr statt um 14.30 Uhr beendet und sei deshalb abgemahnt worden, gegenstandslos geworden. Außerdem hat die Beklagte aber behauptet, die Klägerin sei auch verschiedene Male in der letzten Zeit abends früher gegangen und sei deshalb unter Androhung einer Kündigung abgemahnt worden. Auch hat die Beklagte vorgetragen, die Klägerin sei wegen Medikamentenvertauschung bereits abgemahnt worden. Diesem Vortrag hätte das Landesarbeitsgericht nachgehen und prüfen

- 12 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 12 -

müssen, ob die Klägerin tatsächlich schon einmal abends das Heim früher verlassen, unbefugt Medikamente ausgeteilt und dies durch unrichtige Eintragungen in das Medikamentenbuch kaschiert hat, sowie, ob deshalb eine Abmahnung ausgesprochen worden ist.

d) Die Revision rügt auch zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe eine Interessenabwägung nicht vorgenommen.

Nach § 626 Abs. 1 BGB ist eine fristlose Kündigung nur dann rechtswirksam, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

aa) Daraus, daß dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht mehr zumutbar sein darf und diese Frage erst beantwortet werden kann, nachdem die beiderseitigen Interessen gegeneinander abgewogen sind, ergibt sich, daß die Anwendung des § 626 BGB unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht. Unter anderem bedeutet dies, daß die fristlose Kündigung nur als unausweichlich letzte Maßnahme ausgesprochen werden darf (vgl. zuletzt Urteil des BAG vom 30.5.1978 - 2 AZR 630/76 - BAG 30, 309 = AP Nr. 70 zu § 626 BGB und BAG vom 2.2. 1973 - 2 AZR 172/72 - AP Nr. 1 zu § 626 BGB Krankheit).

bb) Es fehlt aber vorliegend gerade eine Erörterung des Landesarbeitsgerichts zu der Frage, weshalb das mildere Mittel der ordentlichen Kündigung nicht den Interessen beider Vertragsparteien gerecht wird. Überlegungen hierzu hätten umso näher gelegen, als die Klägerin nicht die Heimbewohner schutzlos zurückgelassen, sondern immerhin einen Vertreter bestellt hatte. Nur über dessen Eignung streiten die Parteien. Hierbei hätte das Landesarbeitsgericht für den Fall der fehlenden Eignung feststellen müssen, ob dies der Klägerin erkennbar gewesen

- 13 -



ist, weiter hätte es auch die Frage beantworten müssen, ob die von der Beklagten als Aufsicht akzeptierten Küchenhilfen für die Klägerin erkennbar wesentlich qualifizierter als alleinige Aufsicht des Altenheimes gewesen sind. Hiervon hängt nämlich wiederum ab, wie schwerwiegend ein möglicher Verstoß der Klägerin gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten gewesen ist.

3. Infolge der Verkennung der Beweislast, des Verstoßes gegen Denkgesetze und der unvollständigen Beweiswürdigung fehlt es an der Feststellung, ob ein Pflichtverstoß der Klägerin vorliegt, ob sie nämlich den Dienst verlassen hat, ohne für einen geeigneten Vertreter zu sorgen und ob sie unbefugterweise einem Heimbewohner eine Tablette des Mittels Distraneurin gegeben hat. Allein schon diese Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts führen zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, unter Berücksichtigung der Beweislastverteilung bei § 626 BGB die erforderlichen Feststellungen zu treffen. Sollte das Landesarbeitsgericht nach erneuter Verhandlung zu der Feststellung kommen, daß die Klägerin ihre Vertragspflichten verletzt hat, hat das Berufungsgericht zu prüfen, ob der festgestellte Pflichtverstoß geeignet ist, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Um dies beurteilen zu können, hat das Landesarbeitsgericht zu prüfen, ob die Klägerin wegen des begangenen Pflichtverstoßes bereits vergeblich abgemahnt worden war. Sollte das Landesarbeitsgericht zu der Überzeugung kommen, daß eine Abmahnung für den entsprechenden Vertragsverstoß vorgelegen hat, ist daraufhin im Wege der Interessenabwägung vom Berufungsgericht zu prüfen, ob der oder die Vertragsverstöße so schwer wiegen, daß auch unter Berücksichtigung der Interessen der Klägerin ein milderer Mittel, etwa eine ordentliche Kündigung, zur Wahrung der Interessen der Beklagten nicht ausgereicht hätte.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Weller

Walter Sickert

Bensinger



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

