

Aktenzeichen: 2 AZR 628/85

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 18. September 1986

- 2 AZR 628/85 -

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 11. April 1985

- 4 Ca 484/84 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 24. Juli 1985

- 4 Sa 53/85 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort: Verhaltensbedingte fristlose
hilfsweise fristgerechte Kündigung

Gesetz: BGB § 626; KSchG § 1

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 628/85

4 Sa 53/85 Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. September 1986

Haust,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 18. September 1986 durch den

Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und
Dr. Bensinger für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 24. Juli 1985
- 4 Sa 53/85 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Landesarbeitsgericht zurück-
verwiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung
der Beklagten.

Der am 23. November 1949 geborene Kläger, verheiratet und
unterhaltspflichtig für zwei Kinder, ist seit 8. November 1972
bei der Beklagten als Omnibusfahrer beschäftigt. Sein Bruttolohn
betrug zuletzt 3.500,-- DM monatlich.

Der Kläger legte der Beklagten seit 1978 zunehmend Arbeits-
unfähigkeitsbescheinigungen jugoslawischer Ärzte vor, wonach er
jeweils gegen Ende eines Heimaturlaubs erkrankt war:

Urlaub	1.Arbeitstag	Arbeits- unfähig- keitsbe- scheinigung	Grund nach Unter- lagen der BKK
1978: 7.6.- 8.7.	9.Juli	16.6.-10.7.	Gelenkentzündung
1979: 25.8.-28.9.	1.Oktober	26.9.-20.10.	Bronchitis



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-3-

1980:	25.6.-11.7.	14.Juli	9.7.- 3.8.	Bronchitis
1981:	17.8.- 1.9.	2.September	27.8.-26.9.	Rückenbeschwerden
1982:	26.4.-13.5.	14.Mai	10.5.-24.10.	Versagensneigung, Depression, psycho- vegetative Labilität
1983:	8.8.-19.8.	22.August	19.8.-23.9.	Bronchitis,Durch- fall
1984:	27.8.- 7.9.	10.September	7.9.-22.9.	Durchfall,Magen- beschwerden

Darüber hinaus war der Kläger seit 1978 auch in der Bundesrepublik wiederholt längerfristig erkrankt. Mit Ausnahme des Zeitraums 7. bis 22. September 1984 leistete die Beklagte Lohnfortzahlung.

In den Jahren 1978 und 1979 hatte die Beklagte statistische Untersuchungen über die Erkrankungen von bei ihr angestellten jugoslawischen Busfahrern durchgeführt, nach denen in den Haupturlaubszeiten Mai bis September die Krankheitsquote zwischen 2 und 5 1/2 % höher als im gesamten Durchschnitt lag, während die Krankheitsquote in den Monaten Februar und März sogar niedriger als der gesamte Durchschnitt aller Busfahrer war.

Nach Rückkehr des Klägers aus dem Urlaub eröffnete die Beklagte ihm, daß sie erhebliche Zweifel am Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit für die Erkrankungen nach dem Urlaub habe, da mittlerweile seit 1978 die 8. Krankmeldung erfolgt sei. Der Kläger erklärte sich damit einverstanden, daß die Beklagte die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-4-

ihn betreffende Leistungskarte bei der Betriebskrankenkasse einsehe.

Bis zur Klärung wurde er vom Dienst freigestellt.

Am 3. Oktober 1984 legte die Beklagte dem Betriebsrat ein Schreiben vom 2. Oktober 1984 mit Anlagen vor, in dem sie um Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers, hilfsweise um Zustimmung zur ordentlichen Kündigung bat. Aufgrund einer Betriebsvereinbarung ist im Betrieb der Beklagten die Wirksamkeit einer Kündigung an die Zustimmung des Betriebsrates/Betriebsausschusses gebunden.

In diesem Schreiben heißt es u. a. wörtlich:

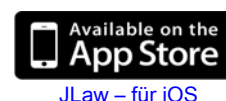
"Aufgrund des oben geschilderten Sachverhaltes steht für uns fest, daß sich D Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und damit auch die Lohnfortzahlung erschlichen hat. Herr D hat damit in grober Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Das Vertrauen in die Redlichkeit des Mitarbeiters ist völlig zerstört. Unter diesen Umständen ist es für uns völlig unzumutbar geworden, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen."

Der Betriebsausschuß stimmte der Kündigung am 5. Oktober 1984 zu.

Am 8. Oktober 1984 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos und rein vorsorglich fristgerecht zum 31. März 1985.



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



-5-

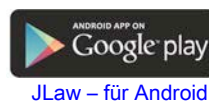
Der Kläger hält die Kündigungen für unwirksam. Er hat vorgetragen, die Zustimmung des Betriebsausschusses sei nur beachtlich bezüglich der fristlosen Kündigung, bezüglich der ordentlichen Kündigung sei der Betriebsausschuß nicht zuständig; insoweit sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß gehört worden.

Im übrigen bestünden sachliche Gründe für die Kündigungen nicht. Er sei zu den in den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen angegebenen Zeiten tatsächlich arbeitsunfähig krank gewesen. Hinsichtlich der am 7. September 1984 beginnenden Erkrankung sei er am 7. September 1984 eingehend körperlich mit Entnahme einer Blutprobe untersucht worden, worauf der untersuchende Arzt die Arbeitsunfähigkeit bescheinigt habe. Durch den jugoslawischen Sozialversicherungsträger seien sodann am 14. und 18. September 1984 Kontrolluntersuchungen durchgeführt worden, die ergeben hätten, daß die von dem jugoslawischen Arzt bescheinigte Arbeitsunfähigkeit tatsächlich vorliege. Die ärztlichen Diagnosen beruhten daher nicht ausschließlich auf Angaben subjektiver Beschwerden. Auch in den anderen Fällen sei er jeweils krank gewesen, wobei es unrichtig sei, daß seine Erkrankungen regelmäßig am Ende des Urlaubs eingesetzt hätten. Er habe nicht etwa nur in Jugoslawien an Bronchialerkrankungen, Rücken- und Magenbeschwerden gelitten, sondern sei auch in Hamburg wegen gleicher und ähnlicher Krankheiten arbeitsunfähig gewesen. Insbesondere sei 1980 von Dr. Sch in Hamburg ein Bandscheibenschaden festgestellt worden.

Eine Kündigung sei auch nicht aus verhaltensbedingten Grün-



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



-6-

den gerechtfertigt. Er habe sich immer korrekt verhalten und der Vorwurf der Beklagten beruhe auf reinen Vermutungen. Zudem sei er nicht abgemahnt worden.

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 8. Oktober 1984 nicht aufgelöst worden sei;
2. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 8. Oktober 1984 nicht mit dem 31. März 1985 aufgelöst worden sei, sondern darüber hinaus fortbestehe;
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Sie hat geltend gemacht, der Betriebsrat sei ordnungsgemäß zur außerordentlichen und ordentlichen Kündigung angehört worden, ihr sei die Geschäftsordnung des Betriebsrates vor diesem Rechtsstreit in ihrer schriftlichen Fassung nicht bekannt gewesen. Sie habe daher von der mündlichen Mitteilung des stellvertretenden Vorsitzenden des Betriebsrates ausgehen müssen, der vor zwei bis drei Jahren erklärt habe, der Betriebsausschuß sei auch in den Fällen zuständig, in denen die außerordentliche und die ordentliche Kündigung zugleich ausgesprochen werden sollten.

Für sie habe das Vorliegen einer betrügerischen Gehaltserschleichung als nachgewiesen festgestanden. Aus den Unterlagen der Betriebskrankenkasse ergebe sich, daß die Erkrankungen, an denen der Kläger in Jugoslawien gelitten habe, stets solche ge-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-7-

wesen seien, bei denen die Diagnose ausschließlich auf den Angaben subjektiver Beschwerden beruhten. Solche Krankheiten seien leicht zu simulieren und nicht mit 100 %iger Sicherheit zu diagnostizieren.

Sie habe bisher für den Kläger Lohnfortzahlungen in Höhe von insgesamt 43.153,15 DM erbracht, wobei auf die Zeiträume der Erkrankungen in Jugoslawien ein Anteil von 19.801,84 DM falle zuzüglich 3.000,-- DM für 1978. Bei Festlegung der Krankenquote für Busfahrer werde von einem mittleren durchschnittlichen Krankenstand ausgegangen. Da während der Erkrankungen des Klägers jeweils andere Fahrer hätten einspringen müssen, seien für ca. 1.850 Stunden weitere Kosten von ca. 59.755,-- DM entstanden.

Unter Zugrundelegung dieser Umstände sei auch die ordentliche Kündigung berechtigt. Einer Abmahnung habe es nicht bedurft, da die Kündigungsgründe im Vertrauensbereich zu finden seien.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen.

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

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist begründet. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht.



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



I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe die Verdachtskündigung begründet ausgesprochen. Angesichts der regelmäßigen Erkrankungen von 1978 bis 1984 jeweils zum Urlaubsende müsse davon ausgegangen werden, dem Kläger habe der Jahresurlaub ersichtlich nicht ausgereicht. Es hörten hier die Grenzen des Zufalls auf, vielmehr zwingt sich der Verdacht der monatlichen Krankschreibung auf. Der Kläger könne angesichts einer solchen Situation mit ausländischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen weder die angebliche Krankheit noch die Arbeitsunfähigkeit beweisen. Es werde hierbei unterstellt, daß die jugoslawischen Ärzte die Richtigkeit ihrer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen bestätigten. Die diagnostizierten Krankheiten führten nicht unbedingt zur Bettlägerigkeit. Die Tatsache, daß der Kläger sich nicht auf den Weg in die Bundesrepublik gemacht habe, zeige, daß er Gründe gehabt habe, sich nicht der ärztlichen Betreuung an seinem Wohnort zu stellen. Das Verhalten des Klägers sei auch so schwerwiegend, daß die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB erfüllt seien. Im Hinblick auf die hohe Summe der Lohnfortzahlung sei davon auszugehen, daß die Interessen des Unternehmens hier den Interessen des Klägers am Erhalt des Arbeitsplatzes voringen. Einer vorherigen Abmahnung habe es nicht bedurft, da die Vertragsverletzung nicht im Leistungs- sondern im Vertrauensbereich liege.

II. Das angefochtene Urteil hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das Landesarbeitsgericht hat aus dem von ihm festgestellten



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



Sachverhalt und dem Vortrag der Beklagten unrichtige rechtliche Schlüsse gezogen, indem es das Vorliegen einer Verdachtskündigung unterstellt hat. Außerdem hat es - unter Zugrundelegung des Ergebnisses seiner unrichtigen Rechtsanwendung - nicht beachtet, daß der Betriebsrat/Betriebsausschuß nicht zu einer Verdachtskündigung gehört worden ist, so daß die von ihm angenommene Verdachtskündigung schon nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam wäre.

1. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, die vorliegenden Tatsachen rechtfertigten den Verdacht des arbeitsvertragswidrigen Verhaltens des Klägers, und es hat hieraus den Schluß gezogen, die Beklagte habe deshalb auch aus Verdachtsgründen gekündigt. Die Gerichte können eine Kündigung jedoch nur dann unter dem Gesichtspunkt der Verdachtskündigung beurteilen, wenn der Arbeitgeber die Kündigung auch gerade auf den Verdacht stützt. Eine Verdachtskündigung liegt nicht schon dann vor, wenn der Arbeitgeber aufgrund bestimmter Tatsachen nur zu dem Schluß kommt, der Arbeitnehmer habe bestimmte Pflichtverletzungen begangen, oder wenn dem Arbeitgeber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht der volle Beweis für seine Behauptungen gelingt, und ein begründeter Verdacht nicht auszuschließen ist (vgl. KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 626 BGB Rz 156). Eine Verdachtskündigung ist vielmehr nur dann gegeben, wenn eine Kündigung damit begründet wird, es sei gerade der Verdacht eines strafbaren oder vertragswidrigen Verhaltens, der das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört habe (BAG 16, 72, 81 = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG Urteil vom 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - zur Ver-



öffentlichung vorgesehen; BAG Urteil vom 3. April 1986 – 2 AZR 324/85 – zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen).

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Beklagte hat insbesondere in der Berufungsbegründung vorgetragen, das Vorliegen einer betrügerischen Gehaltsererschleichung habe für sie festgestanden und sei von ihr als nachgewiesen angesehen worden. Dieser Vortrag steht auch in Übereinstimmung mit dem Inhalt des an den Betriebsrat gerichteten Schreibens, in dem die Beklagte ausführte, es stehe für sie fest, daß der Kläger sich Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und Lohnfortzahlung erschlichen habe. Die Beklagte hat damit nicht wegen des Verdachts eines vertragswidrigen Verhaltens, sondern unter Berufung auf ein aus ihrer Sicht gegebenes tatsächliches vertragswidriges Verhalten gekündigt.

2. Das Landesarbeitsgericht hat weiter bei der von ihm zu Unrecht angenommenen Verdachtskündigung nicht bedacht, daß die außerordentliche Kündigung, sofern sie von der Beklagten auf den Verdacht eines vertragswidrigen Verhaltens gestützt worden wäre, schon deshalb unwirksam gewesen wäre, weil der Betriebsrat insoweit nicht ordnungsgemäß angehört worden ist. Der Verdacht eines vertragswidrigen Verhaltens und insbesondere der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt auch im Sinne des § 102 BetrVG einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der in der dem Betriebsrat mitgeteilten Behauptung, der Arbeitnehmer habe sich tatsächlich vertragswidrig verhalten oder er habe die Tat begangen, nicht enthalten ist. Die Mitteilung, einem Arbeitnehmer



solle wegen Verdachts einer Handlung gekündigt werden, gibt dem Betriebsrat weit stärkeren Anlaß für ein umfassendes Tätigwerden im Anhörungsverfahren als eine Anhörung wegen einer als erwiesen behaupteten Handlung. Letztere wird den Betriebsrat vielfach veranlassen, von einer eigenen Stellungnahme abzusehen und die Klärung des Tatvorwurfs dem Kündigungsschutzverfahren zu überlassen. Gibt der Arbeitgeber dagegen selbst zu erkennen, daß er lediglich einen Verdacht gegen den Arbeitnehmer hegt und ihm bereits dieser Umstand für eine Entlassung ausreichend erscheint, so erhebt der Betriebsrat erfahrungsgemäß eher nachdrückliche Gegenvorstellungen (BAG Urteil vom 3. April 1986, aaO).

3. Da keine Verdachtskündigung vorliegt, wird das Landesarbeitsgericht alle Voraussetzungen der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung zu prüfen und insbesondere festzustellen haben, ob sich der Kläger tatsächlich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und die Lohnfortzahlung erschlichen hat. Hinreichende Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht insoweit bisher nicht getroffen. Hinsichtlich des Beweiswertes von Bescheinigungen ausländischer Ärzte wird das Landesarbeitsgericht die Grundsätze zu beachten haben, die der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer Entscheidung vom 20. Februar 1985 (AP Nr. 4 zu § 3 LohnFG = EzA § 3 LohnFG Nr.5) aufgestellt hat. Danach kommt im allgemeinen einer von einem ausländischen Arzt im Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der gleiche Beweiswert zu wie einer von einem deutschen Arzt ausgestellten Bescheinigung. Die Bescheinigung muß jedoch erkennen lassen, ob der ausländische Arzt zwischen einer bloßen Erkrankung und



- 12 -

einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit unterschieden und damit eine den Begriffen des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts entsprechende Beurteilung vorgenommen hat. Nach der weiteren Begründung des Fünften Senats, der der erkennende Senat folgt, können durchgreifende Zweifel an der sachlichen Richtigkeit einer ärztlichen Bescheinigung je nach der ganz konkreten Sachlage dann bestehen, wenn einem Arbeitnehmer innerhalb von sieben Jahren zum fünftenmale gegen Ende seines Heimaturlaubs oder im unmittelbaren Anschluß daran Arbeitsunfähigkeit bestätigt worden ist. Zufälle dieser Art widersprechen der Lebenserfahrung und können geeignet sein, die Beweiskraft einer ärztlichen Bescheinigung zu erschüttern.

Hillebrecht

Triebfürst

Ascheid

Thieß

Dr. Bensinger

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)