

Aktenzeichen: 2 AZR 631/92
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 27. Mai 1993
- 2 AZR 631/92 -

I. Arbeitsgericht
Bochum

Urteil vom 03. September 1991
- 4 Ca 860/91 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 20. Februar 1992
- 4 Sa 1526/91 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Nein
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Verhaltensbedingte Kündigung

Gesetz:

KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung

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 631/92

4 Sa 1526/91 Hamm

Verkündet am
27. Mai 1993

Im Namen des Volkes!

Jatz,
Reg.-Assistentin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Mai 1993 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Bitter und Bröhl sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Wolter und Dr. Barz für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 20. Februar 1992 - 4 Sa 1526/91 - 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 !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war seit dem 18. April 1977 als Montagearbeiter zu einem durchschnittlichen Monatsentgelt (einschließlich Schichtzulage) von 4.300,-- DM bei der Beklagten, zuletzt in Dauernachtschicht (22.00 Uhr bis 6.00 Uhr) beschäftigt. Der Kläger hat in der Vergangenheit bereits häufiger unentschuldigt gefehlt. In den Anwesenheitslisten der Beklagten wurden die entsprechenden Einträge "unentschuldigtes Ausbleiben" (UA) in diesen Fällen im nachhinein in Tarifyurlaub (TU) abgeändert. Mit Schreiben vom 29. Oktober 1990 mahnte die Beklagte den Kläger wegen unentschuldigten Fernbleibens vom Arbeitsplatz am 12. Juni 1990, 6. September 1990 und 20. September 1990 ab.

Am 25. Januar 1991 erschien der Kläger nicht zur Nachtschicht, sondern rief gegen 2.00 Uhr nachts bei der Beklagten an und bat einen Arbeitskollegen, dem Vorgesetzten mitzuteilen, er,



der Kläger, fühle sich unwohl. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für diesen Tag wurde vom Kläger nicht nachgereicht. Die Bitte des Klägers, wie in der Vergangenheit diesen Tag als Tarifurlaub anzurechnen, wurde vom Vorgesetzten wegen der Häufigkeit der früheren Fälle abgelehnt. Am 28. März 1991 erschien der Kläger wiederum nicht um 22.00 Uhr zur Nachtschicht, sondern rief um 2.00 Uhr bei der Beklagten an und teilte dem zuständigen Meister mit, er fühle sich unwohl. Auch in diesem Fall wurde eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht nachgereicht.

Mit Schreiben vom 17. April 1991 informierte die Beklagte den Betriebsrat von ihrer Absicht, das Arbeitsverhältnis wegen unentschuldigtem Fehlgangs zu kündigen. Der Betriebsrat widersprach mit der Begründung, es sei in der Vergangenheit durch die Erkrankung der Eltern des Klägers zu dessen physischer und psychischer Belastung gekommen, so daß er kurzfristig habe um Urlaub bitten müssen; der Kläger habe auch telefonisch über sein Fernbleiben informiert, auch sei seine lange Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen. Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 25. April 1991 das Arbeitsverhältnis zum 30. Juni 1991 auf.

Der Kläger hat gegen diese Kündigung eingewandt, er habe am 25. Januar und 28. März 1991 nicht unentschuldig gefehlt, sondern jeweils um Gewährung von Tarifurlaub gebeten; er sei seiner Mutter bei der Betreuung des Vaters nach dessen Krebsoperation und einem nachfolgenden Schlaganfall behilflich gewesen; er sei psychisch und physisch so unter Druck geraten, daß ein Schwächeanfall nicht voraussehbar gewesen sei. Die Beklagte habe ihn nach



dem 25. Januar 1991 im Ungewissen gelassen. Vor der Kündigung habe sie ihn jedenfalls noch einmal abmahnen müssen.

Dem Betriebsrat habe die Beklagte lediglich mitgeteilt, er sei "unentschuldigt abwesend", obwohl es zwischen ihm und der Beklagten Telefonate gegeben habe, was inhaltlich ein Unterschied sei; hierüber habe die Beklagte den Betriebsrat informieren müssen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 25. April 1991 zum 30. Juni 1991 nicht aufgelöst worden sei.

Die Beklagte hat mit ihrem Klageabweisungsantrag geltend gemacht, das Vorbringen des Klägers zu seiner körperlichen Überlastung durch Krankheit seiner Eltern stelle eine Schutzbehauptung dar. Der Kläger habe rechtzeitig vor Beginn der Schicht um Tarifurlaub bitten müssen. Aufgrund seines Fernbleibens sei es zu Betriebsablaufstörungen gekommen; auch führten kurzfristige Umsetzungen bei den betroffenen Mitarbeitern zu Mißmut und zu Unruhen innerhalb der Arbeitsgruppe. Nach der Abmahnung vom 26. Oktober 1990 habe sie ein weiteres Fehlverhalten des Klägers nicht geduldet; vielmehr habe der zuständige Meister nach dem Fehlen des Klägers am 25. Januar 1991 dessen Bitte um Gewährung nachträglichen Urlaubs ausdrücklich wegen der vorhergehenden Wiederholungsfälle abgelehnt. Eine erneute Abmahnung sei deshalb nicht erforderlich gewesen.



Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt, während auf die Berufung der Beklagten das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen hat. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

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

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits (§ 565 ZPO).

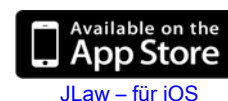
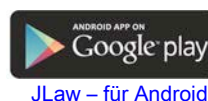
I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung sei aus Gründen im Verhalten des Klägers bedingt, weil er in den Nachtschichten vom 25./26. Januar 1991 und 28./29. März 1991 letztlich unentschuldig gefehlt habe. Die Beklagte habe in diesen Fällen nicht nachträglich Urlaub bewilligt. Das Fehlverhalten des Klägers liege darin, daß er in beiden Fällen nicht jeweils vor 22.00 Uhr mitgeteilt habe, er könne die Arbeit nicht aufnehmen. Vielmehr habe der Kläger erst vier Stunden nach Schichtbeginn angerufen und nach seinem eigenen Vortrag um einen Tag Tarifurlaub gebeten. Wenn der Kläger sich tatsächlich unwohl gefühlt hätte, habe er nicht unverzüglich nach § 9 Ziff. 1 MTV für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden in der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie Nordrhein-Westfalens vom 29. Februar 1988/6. Mai 1990 (MTV Metallindustrie) hiervon Mitteilung gemacht, andererseits sei es bei dem kurzen Fußweg des Klägers zur Arbeitsstätte nicht einsehbar, warum er von dem Unwohlsein nicht



unverzüglich Mitteilung gemacht habe, sondern erst vier Stunden nach Schichtbeginn. Die Beklagte habe den Kläger wegen des unentschuldigsten Fernbleibens auch nicht erneut abmahnen müssen, weil der Kläger am 29. Oktober 1990 einschlägig abgemahnt worden sei. Die Beklagte habe auch nicht das erstmalige Fehlen des Klägers gleich zum Anlaß einer Kündigung genommen, sondern sein weiteres (Fehl-)Verhalten abgewartet. Da hier das erneute Fehlverhalten des Klägers gezeigt habe, daß die Abmahnung ihren Zweck verfehlt habe, sei die Kündigung nach dem zweiten unentschuldigsten Fehlen nicht zu beanstanden.

II. Dem kann hinsichtlich der materiellrechtlichen Würdigung nicht gefolgt werden, weil eine Interessenabwägung fehlt. Im übrigen rügt die Revision zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe das Vorbringen zur fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats (§ 102 Abs. 1 BetrVG) nicht gewürdigt.

1. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst Verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in



sich widerspruchsfrei ist (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. u. a. Urteil vom 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen, zu II 1 der Gründe). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angegriffene Urteil nicht stand.

a) Die Revision rügt allerdings ohne Grund, das Landesarbeitsgericht habe schon nicht von einem Vertragsverstoß aufgrund des Fehlens am 25. Januar und 28. März 1991 ausgehen dürfen, nachdem der Kläger sich telefonisch entschuldigt habe; § 9 MTV Metallindustrie sei insofern nicht einschlägig, weil der Kläger die Meldung vor Schichtbeginn nicht schuldhaft verzögert habe; infolge der notwendigen Krankenpflege sei er nämlich so erschöpft gewesen, daß er den Schichtbeginn verschlafen habe.

b) Das Landesarbeitsgericht hat demgegenüber festgestellt, das Fernbleiben des Klägers an den beiden genannten Tagen sei unentschuldigt, weil es an der Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gefehlt und die Beklagte nachträglich auch keinen Urlaub gewährt habe.

Letzteres ist unstreitig und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen. Rechtlich zutreffend ist auch, daß eine Arbeitsunfähigkeit durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung hätte nachgewiesen werden müssen, § 3 Abs. 1 Satz 1 LFZG, § 9 Ziff. 1 MTV Metallindustrie vom 29. Februar 1988/6. Mai 1990, der unstreitig auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Insofern hat das Landesarbeitsgericht dem Kläger nicht die Verletzung der



Anzeigepflicht - wie die Revision meint - angelastet, sondern im Ergebnis die Verletzung der Nachweispflicht. Genauer: Es hat die unsubstantiierte Behauptung einer angeblich vorliegenden Arbeitsunfähigkeit aufgrund Unwohlseins nicht als "nachgewiesen" angesehen, und zwar mit der zutreffenden Begründung (ausschlaggebend ist aber ... Berufungsurteil S. 16), dagegen spreche schon der nachträgliche Antrag auf Bewilligung von Tarifyurlaub; eine nachträgliche Verrechnung von unentschuldigtem Fehltagen mit Urlaub sei unzulässig. Diese Annahme ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Es war in der Tat Sache des Klägers, Rechtfertigungsgründe für sein Fernbleiben der Arbeit substantiiert darzustellen; erst wenn ein schlüssiger Vortrag in dieser Hinsicht vorliegt, trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtvorliegen der vom Arbeitnehmer behaupteten Gründe, die sein Verhalten als gerechtfertigt erscheinen lassen sollen (ständige Rechtsprechung, Senatsurteil vom 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP Nr. 97 zu § 626 BGB, zu II 2 a der Gründe; vom 6. September 1989 - 2 AZR 118/89 - EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 27, zu B II 3 d cc der Gründe und vom 31. Mai 1990 - 2 AZR 535/89 - unveröffentlicht, zu II 2 a der Gründe). Das Entlastungsvorbringen des Klägers reicht insoweit nicht aus, im Gegenteil: Die Annahme des Landesarbeitsgerichts wird im Ergebnis aufgrund des Revisionsvorbringens noch bestätigt, wenn nunmehr geltend gemacht wird, der Kläger habe jeweils wegen Erschöpfung verschlafen (Revisionsbegründung S. 7). Die schon ursprünglich nicht näher konkretisierte Behauptung vom Unwohlsein wird damit offensichtlich nicht



mehr aufrecht erhalten. Das Nichtantreten der Arbeit wegen Verschlafens hat der Kläger selbst zu vertreten. Das Landesarbeitsgericht ist mithin zu Recht von einem pflichtwidrigen und schuldhaften Vertragsverstoß ausgegangen. Das steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - AP Nr. 25, aaO, zu II 2 b der Gründe).

c) Das Landesarbeitsgericht hat auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip) geprüft und festgestellt, daß der Kläger am 29. Oktober 1990 wegen dreier einschlägiger Vertragsverstöße bereits abgemahnt war (Berufungsurteil S. 16, 17). Wenn es von seinem Standpunkt aus eine erneute Abmahnung nicht für erforderlich gehalten hat, weil der Kläger in der "Bewährungszeit" erneut kurzfristig aufeinander zweimal wiederum in der gleichen Art und Weise gegen seine Pflichten verstoßen habe, so hält sich das im Beurteilungsspielraum des Tatsachenrichters. Das Gericht hat auf der einen Seite berücksichtigt, die Beklagte habe nicht voreilig gleich nach dem ersten erneuten Fehlen reagieren dürfen, habe aber andererseits die frühere Handhabung der nachträglichen Gewährung von Tarifrurlaub ausdrücklich abgelehnt. Da der Kläger schon zwei Monate später am 28. März 1991 erneut gegen seine Pflichten verstoßen habe, sei die Vorgehensweise der Beklagten nicht zu beanstanden. In dieser Würdigung kann ein Rechtsfehler in dem eingangs (zu II 1) geschilderten Sinne nicht gesehen werden.

d) Die Revision beanstandet aber zu Recht das Fehlen einer nach § 1 Abs. 2 KSchG erforderlichen allgemeinen Interessenabwägung.



Ist eine ordentliche Kündigung durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers an sich sozial gerechtfertigt, so erfordert eine hierauf gestützte Kündigung gleichwohl noch eine Interessenabwägung (ständige Rechtsprechung des BAG, u. a. Urteile vom 7. Dezember 1988 - 7 AZR 122/88 - AP Nr. 26, aaO, zu II 3 der Gründe und vom 16. August 1991 - 2 AZR 604/91 - AP Nr. 27, aaO, zu III 3 der Gründe).

Im Rahmen der bei einer verhaltensbedingten Kündigung und der Prüfung deren sozialer Rechtfertigung gebotenen Interessenabwägung ist - ähnlich wie bei der Interessenabwägung bei einer außerordentlichen Kündigung (vgl. dazu: BAGE 58, 37 = AP Nr. 99 zu § 626 BGB) - erheblich, ob es neben der Nichterfüllung der Vertragspflichten auch noch zu nachteiligen Auswirkungen im Bereich des Arbeitgebers gekommen ist. Auch in diesem Bereich liegt eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses nicht schon dann vor, wenn der Arbeitsablauf, dessen Organisation oder der Betriebsfrieden abstrakt oder konkret "gefährdet" sind, sondern nur dann, wenn es insoweit auch zu einer Störung gekommen ist. Eine derartige Störung des Betriebsablaufs, auf die sich die Beklagte in den Tatsacheninstanzen berufen hatte, wäre im Rahmen der allgemeinen Interessenabwägung zu würdigen (vgl. Senatsurteil vom 17. Januar 1991 - AP, aaO, zu II 3 der Gründe), ebenso wie die persönlichen Belange des Arbeitnehmers (Alter, Betriebszugehörigkeit), sein früheres Verhalten sowie gegebenenfalls die persönlichen Umstände, die für den Vertragsverstoß unter Umständen mitursächlich waren. Hierüber kann der Senat als Revisionsgericht nicht abschließend entscheiden; die Würdigung dieser Umstände obliegt der Tatsacheninstanz.



2. Die Revision rügt schließlich zu Recht, das Berufungsgericht habe den Sachvortrag des Klägers zur nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats überhaupt nicht gewürdigt.

Der Kläger hat erstinstanzlich in der Klageschrift geltend gemacht, die Beklagte möge die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates vortragen. Die Beklagte hat alsdann das Anhörungsschreiben vom 17. April 1991 vorgelegt, in dem die Abwesenheit des Klägers am 25. Januar und 28. März 1991 als unentschuldigt bezeichnet wird. Der Kläger hat daraufhin geltend gemacht, er habe nicht unentschuldigt gefehlt, weil es Telefonate zwischen ihm und der Beklagten gegeben habe, was einen Unterschied mache, ob sich nämlich jemand überhaupt nicht melde und ohne weiteres fehle, oder ob es einen Anruf gebe, in dem auf gesundheitliche Gründe hingewiesen werde. Ob der Betriebsrat insofern einer bewußten Fehlinformation der Beklagten aufgesessen ist (vgl. dazu u. a. Senatsurteile vom 31. August 1989 - 2 AZR 453/88 - AP Nr. 1 zu § 77 LPVG Schleswig-Holstein, zu II 1 der Gründe, sowie vom 31. Mai 1990 - 2 AZR 78/89 - unveröffentlicht, zu II 1 a der Gründe; Urteil vom 23. September 1992 - 2 AZR 150/92 - unveröffentlicht, zu II 1 c ee der Gründe), kann der Senat mangels näherer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hierzu ebenfalls nicht abschließend entscheiden. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Stellungnahme des Betriebsrats vom 19. April 1991, wonach dieser möglicherweise doch von dem Kenntnisstand ausgegangen ist, der Kläger habe sich jeweils telefonisch entschuldigt. Verfügte aber der Betriebsrat bereits über den erforderlichen, aktuellen und zutreffenden Kenntnisstand, so liegt keine Fehlinformation



des Betriebsrats vor (vgl. Senatsurteil vom 27. Juni 1985 - 2 AZR 412/84 - BAGE 49, 136, 143 = AP Nr. 37 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 1 b der Gründe). Dies abschließend zu klären, wird ebenfalls Aufgabe des Landesarbeitsgerichts sein.

Hillebrecht Bitter Bröhl
 Dr. Wolter Dr. Bartz



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)