

Aktenzeichen: 2 AZR 879/79

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 11. März 1982

Az. 2 AZR 879/79

I. Arbeitsgericht
Lahn-Wetzlar

Urteil vom 11. Dezember 1978

Az. 1 Ca 377/78

II. Landesarbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 4. Juli 1979

Az. 2/4 Sa 1285/78

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort: Verhaltensbedingte Kündigung

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Abs. 2

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 879/79

2/4 Sa 1285/78 Frankfurt am Main

Verkündet am
11. März 1982

Im Namen des Volkes!

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

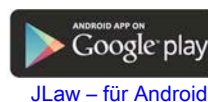
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. März 1982 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Röhsler und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Hauenschild und Strümper für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 4. Juli 1979 - 2/4 Sa 1285/78 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Wetzlar vom 11. Dezember 1978 - 1 Ca 377/78 - wird zurückgewiesen.

- 2 -



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



- 2 -

3. Die Beklagte trägt die Kosten der
Berufung und der Revision.

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

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer von der Beklagten mit Schreiben vom 9. Oktober 1978 zum 27. Oktober 1978 ausgesprochenen ordentlichen Kündigung.

Der verheiratete und drei Kindern unterhaltspflichtige Kläger ist seit dem 5. Oktober 1976 in der Abteilung Kesselbau des Werkes B der Beklagten beschäftigt. Sein monatlicher Durchschnittslohn betrug zuletzt 12,41 DM in der Stunde.

Der Kläger war 1976 für vier Arbeitstage, 1977 für 25 Arbeitstage und bis Ende April 1978 für weitere 14 Arbeitstage krankgeschrieben. Von den behandelnden Ärzten erhielt die Beklagte die Auskunft, daß der Gesundheitszustand des Klägers auch bei einer weiteren Behandlungsnotwendigkeit ein Arbeiten ohne Arbeitsunterbrechung zulasse. In der Folgezeit war der Kläger für den 26. Juni und den 14. August 1978 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Am 28. Juli und am 21. August 1978 fehlte der Kläger, dessen Ehefrau nicht berufstätig ist, unentschuldigt, weil er nach seinen Angaben seine Kinder zum Arzt bringen oder sie betreuen mußte.

Am 14. September 1978 wurde der Kläger vom Betriebsleiter ermahnt, seine Einstellung zur Arbeit endlich zu ändern. Der Kläger versprach, sich in Zukunft zu bessern.

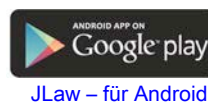
Vom 15. September 1978 bis zum 3. Oktober 1978 war der Kläger arbeitsunfähig krankgeschrieben. Als er am 6. Oktober 1978 zur Arbeit erschien und ihm der Vorarbeiter vorhielt, er brauche doch nicht immer "krankzufeiern", antwortete der Kläger, er zahle im Monat 300,-- DM Krankenversicherung, die müsse er auch wieder herausholen.

Nach vorheriger Zustimmung des Betriebsrates kündigte daraufhin die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 9. Oktober

- 3 -



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



- 3 -

1978 das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 27. Oktober 1978.

Mit seiner am 25. Oktober 1978 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen diese Kündigung und macht geltend, ein zuverlässiger und qualifizierter Arbeiter zu sein. Seine positive Einstellung zur Arbeit habe er durch eine hohe Akkordleistung und durch die Erbringung einer Vielzahl von Überstunden bewiesen. Bei den Arbeitsunfähigkeitszeiten habe es sich überwiegend um kurzfristige Erkrankungen gehandelt. Diese seien keineswegs so gewichtig gewesen, um einen Grund für eine Kündigung abzugeben.

Der Kläger hat beantragt

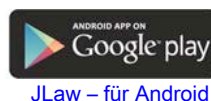
festzustellen, daß die mit Schreiben vom 9. Oktober 1978 zum 27. Oktober 1978 ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet hat.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen, der Kläger sei zwar - wenn er gearbeitet habe - ein tüchtiger, keineswegs aber ein zuverlässiger Arbeiter gewesen. Abgesehen von häufigen kurzzeitigen Krankschreibungen habe der Kläger 1977 die Schicht dreizehnmal entweder zu spät angetreten oder zu früh beendet. Dies habe zu ständigen Beanstandungen, Ermahnungen und Abmahnungen geführt. Nachdem der Kläger bis April 1978 wiederum insgesamt sechsmal solchermaßen gegen seine Vertragspflichten verstoßen und sie, die Beklagte, sich Klarheit über seinen Gesundheitszustand verschafft habe, sei der Kläger am 11. Mai 1978 vom Werksleiter eindringlich und unter Androhung einer Kündigung ermahnt worden. Gleichwohl habe der Kläger anschließend weitere elfmal seine Schicht verspätet angetreten oder vorzeitig beendet. An fünf einzelnen Tagen habe er die Schicht nicht angetreten und erst während der Schicht telefonisch um Urlaub gebeten. Auch wenn ihm der Urlaub ausnahmsweise nachträglich jeweils gewährt worden sei, so habe er damit doch gegen seinen Arbeitsvertrag verstoßen. Denn sie dulde es grundsätzlich nicht, daß ihre Arbeitnehmer durch einen Anruf im Laufe des Tages Tarifurlaub für denselben

- 4 -



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



- 4 -

Tag beantragten. Mit dem Betriebsrat sei nämlich lediglich abgesprochen, daß Tarifyurlaub nur ausnahmsweise am Urlaubstage beantragt werden könne, dies dann aber bis spätestens 8.00 Uhr des betreffenden Tages zu geschehen habe. Der Kläger habe es auch unterlassen, seinen Vorgesetzten jeweils mitzuteilen und um Erlaubnis nachzusuchen, wenn er die Schicht früher verlassen habe. Aufgrund der Vorkommnisse sei der Kläger am 14. September 1978 vom Betriebsleiter nochmals abgemahnt worden. Die Äußerung des Klägers über die Notwendigkeit des "Krankfeierns" am 6. Oktober 1978 habe schließlich zur Kündigung geführt. Berücksichtige man die Vorkommnisse im Zusammenhang mit seinen häufigen Krankschreibungen, so werfe diese seine Äußerung ein bezeichnendes Licht auf die innere Einstellung des Klägers. Die Kündigung sei daher gerechtfertigt, zumal auch das unentschuldigte Fehlen des Klägers am 28. Juli 1978 und am 21. August 1978 als Kündigungsgründe keineswegs verwirkt seien.

Der Kläger hat erwidert, keineswegs im übermäßigen Umfange zu spät gekommen zu sein. Es könne sich jeweils nur um wenige Minuten gehandelt haben. Bei einer mit dem Betriebsrat vereinbarten zehnstündigen Arbeitszeit sei es im übrigen verständlich, wenn in einem Zeitraum von zehn Monaten gelegentlich dringende persönliche Besorgungen erledigt werden müßten. Wenn er vor Ablauf der zehnstündigen Schicht habe gehen wollen, habe er stets seinen Vorarbeiter oder Meister hiervon unterrichtet und auch die erbetene Zustimmung erhalten. Gelegentlich sei es auch vorgekommen, daß die ganze Kolonne nach acht oder neun Stunden die Arbeit beendet habe, weil eine Montagearbeit zu Ende geführt und die Aufnahme einer neuen Montagearbeit nicht mehr möglich gewesen sei.

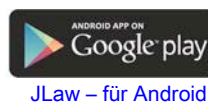
Das Arbeitsgericht hat nach Vernehmung des Vorarbeiters D. als Zeuge der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet; sie führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

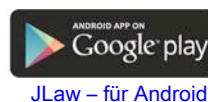
I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die dem Kläger ausgesprochene ordentliche Kündigung sei aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Der Kläger habe im Jahre 1978 bis zum 16. Oktober 1978 insgesamt neunzehnmal die Schicht verspätet begonnen oder zu früh beendet. Seine Behauptung, dies sei mit Zustimmung seines Vorgesetzten geschehen, habe der Kläger nicht bewiesen. Unstreitig sei der Kläger auch am 28. Juli 1978 und am 21. August 1978 unentschuldig der Arbeit ferngeblieben. Der nachträglich von ihm angegebene Grund, er habe seine Kinder zum Arzt bringen oder betreuen müssen, erscheine nicht stichhaltig, da seine Ehefrau unstreitig nicht berufstätig sei. Nachdem der Kläger am 14. September 1978 von dem Betriebsleiter E eine mündliche Abmahnung erhalten und am 6. Oktober 1978 gegenüber seinem Vorarbeiter die Bemerkung über das "Krankfeiern" gemacht habe, sei es der Beklagten nicht mehr zumutbar gewesen, an dem Arbeitsverhältnis weiter festzuhalten. Über Monate hinweg habe der Kläger bewiesen, sich nicht an die Ordnungsvorschriften des Betriebes halten zu wollen. Ungeachtet der Abmahnung vom 14. September 1978 durch den Betriebsleiter habe sich der Kläger nicht gescheut, offensichtlich ohne wirklichen Grund "krankzufeiern". Ein solches Verhalten brauche die Beklagte nicht hinzunehmen. Die Kündigung sei daher unter diesen Umständen berechtigterweise erfolgt.

II. Diese Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist zwar in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes, der der Nachprüfung nur dahingehend unterliegt, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff der sozialwidrigen Kündigung verkannt oder ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des

- 6 -



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



- 6 -

§ 1 Abs. 2 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es bei der gebotenen Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. BAG 1,99 = AP Nr.5 zu § 1 KSchG; BAG 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG; BAG 4, 152; BAG 6, 1; BAG Urteil vom 10. Dezember 1956 - 2 AZR 288/54 - AP Nr. 21 zu § 1 KSchG; BAG Urteil vom 12. August 1976 - 2 AZR 237/75 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969; BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung).

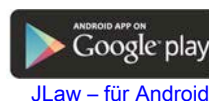
Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil aber nicht stand. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, daß der Kläger aufgrund der im Betrieb bestehenden und auf die Regelung des § 4 Ziffer 2 des Manteltarifvertrages für die Arbeiter in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes Hessen vom 10. Mai 1966 gestützten Betriebsvereinbarung verpflichtet war, täglich zehn Stunden im Betrieb der Beklagten zu arbeiten. Im Ansatz ist es auch zutreffend davon ausgegangen, daß es bei einer auf Störungen im Leistungsbereich gestützten Kündigung - wie dies vorliegend der Fall ist - als Folge des das Kündigungsschutzrecht beherrschenden ultima-ratio-Prinzips regelmäßig einer vorherigen vergeblichen Abmahnung bedarf (BAG 11, 278, 287 f. = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung; BAG 19, 351, 354 = AP Nr. 1 zu § 124 GewO; BAG Urteil vom 8. August 1968 - 2 AZR 348/67 - AP Nr. 57 zu § 626 BGB ; BAG Urteil vom 28. Oktober 1971 - 2 AZR 15/71 - AP Nr. 62 zu § 626 BGB; BAG Urteil vom 29. Juli 1976 - 3 AZR 50/75 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung; BAG Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltens-

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

bedingte Kündigung; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 234; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 96, jeweils mit weiteren Nachweisen).

2. Ob der Kläger am 14. September 1978 vom Betriebsleiter wegen seines vertragswidrigen Verhaltens (unentschuldigtes Fehlen, Unpünktlichkeit, unbefugtes Verlassen des Arbeitsplatzes) ordnungsgemäß, d.h. hinreichend deutlich und eindringlich sowie unter Hinweis auf die andernfalls eintretenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen (vgl. BAG Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) abgemahnt worden ist, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat, oder ob, wie die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht insoweit den Begriff der Abmahnung verkannt hat, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn mit der Beklagten und dem Landesarbeitsgericht von einer am 14. September 1978 ordnungsgemäß erfolgten Abmahnung ausgegangen wird, hat sich der Kläger in der Folgezeit bis zum Kündigungsausspruch keines gleichartigen Fehlverhaltens schuldig gemacht, das geeignet wäre, die ausgesprochene Kündigung zu rechtfertigen. Der Kläger hat nach dem 14. September 1978 bis zum Ausspruch der Kündigung unstreitig weder die Schicht zu spät angetreten, noch seinen Arbeitsplatz unbefugt vorzeitig verlassen. In der Zeit vom 15. September 1978 bis zum 3. Oktober 1978 war der Kläger ohnehin arbeitsunfähig krankgeschrieben, aber auch danach bis zum 10. September 1978 ist er - jedenfalls ist mangels eines entgegenstehenden Vortrages davon auszugehen - weder zu spät gekommen, noch hat er seinen Arbeitsplatz zu früh verlassen. Erst nach Ausspruch der Kündigung, nämlich am 11. und 15. Oktober 1978, ist der Kläger nach der Behauptung der Beklagten wieder verspätet zur Arbeit gekommen. Diese Verspätungen müssen, weil sie als Kündigungsgründe im Zeitpunkt der Kündigung noch gar nicht existent waren, entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts aber außer Betracht bleiben. Die Verspätungen am 11. und 15. Oktober 1978 können, weil es insoweit schon an einem geeigneten Kündigungssachverhalt fehlt,

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

auch nicht unter dem Gesichtspunkt später gewonnener Erkenntnisse für den vorangegangenen Kündigungssachverhalt als sogenannte nachträgliche Gründe von Bedeutung sein (KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 127). Allenfalls hätten die Verspätungen vom 11. und 15. Oktober 1978 eine neue Kündigung sozial rechtfertigen können (BAG Urteil vom 15. Dezember 1955 - 2 AZR 228/54 - AP Nr. 1 zu § 67 HGB; BAG 3, 13; BAG Urteil vom 19. Dezember 1958 - 2 AZR 390/58 - AP Nr. 1 zu § 135 b GewO; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 158, 167; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 126 f.).

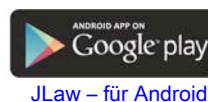
3. Unter den gegebenen Umständen, d.h. im Hinblick auf das Fehlen eines kündigungserheblichen gleichartigen Fehlverhaltens des Klägers nach dem 14. September 1978, scheidet für die Beklagte auch die Möglichkeit aus, sich zur Stützung der Kündigung, gleichsam als Glieder einer Kette gleichartiger Ereignisse verstärkend auf die früheren Verstöße des Klägers vor dem 14. September 1978 zu berufen. Auch allein mit dem - einmal als bewiesen unterstellten - Fehlverhalten des Klägers vor der Abmahnung kann die Beklagte die Kündigung nicht sozial rechtfertigen. Denn mit der Abmahnung hat die Beklagte zwar einerseits zu erkennen gegeben, das gezeigte Fehlverhalten des Klägers in Zukunft nicht mehr hinnehmen zu wollen, andererseits aber auch, die Verstöße jedenfalls zur Zeit noch nicht zum Anlaß einer Kündigung nehmen zu wollen. Sinn und Zweck der Abmahnung ist es auch, dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, das beanstandete Verhalten abzustellen.

4. Soweit das Landesarbeitsgericht aus der Äußerung des Klägers am 6. Oktober 1978 über das "Krankfeiern" den Schluß zieht, daß der Kläger offenbar ohne wirklichen Grund "krankgefeiert" habe und deshalb der Beklagten das Festhalten am Arbeitsverhältnis nicht zumutbar sei, kann dem nicht gefolgt werden. Die Formulierung "krankfeiern" wird häufig - auch in der Rechtsprechung und Rechtslehre - sinngleich, wenn auch mißverständlich im Sinne von "krank sein" verwendet (vgl. BSGE 9, 192; Boldt, Das Recht des Bergmanns, 3. Aufl., S. 632; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Erster Band, S. 759).

- 9 -



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



- 9 -

Aus der Verwendung dieser Formulierung, die im übrigen - wie sich aus der Zeugenaussage D ergibt - zuerst vom Zeugen D gebraucht wurde, kann daher nicht gefolgert werden, der Kläger sei, ohne ernsthaft krank gewesen zu sein, der Arbeit ferngeblieben. Der Kläger war in der Zeit vom 15. September bis zum 3. Oktober 1978 unstreitig arbeitsunfähig krankgeschrieben. In den Vorinstanzen hat die Beklagte auch selbst nicht ernsthaft und unmißverständlich behauptet, der Kläger sei gar nicht wirklich krank gewesen, sondern habe die Krankheit nur simuliert. Die Beklagte hat, da sie sich zur Stützung der Kündigung auch nicht darauf beruft, auch keine Umstände dargelegt und unter Beweis gestellt, die zu ernsthaften Zweifeln an der ärztlich attestierten Erkrankung des Klägers Anlaß geben könnten. Wenn das Landesarbeitsgericht unter diesen Umständen auch darauf abgestellt hat, daß der Kläger offenbar ohne Grund krankgefeiert habe, so stellt dies daher einen Verstoß gegen den Verhandlungsgrundsatz dar und ist nicht verwertbar (BAG Urteil vom 16. März 1972 - 5 AZR 435/71 - AP Nr. 1 zu § 542 ZPO; BAG 28, 196 = AP Nr. 3 zu § 9 KSchG 1969). Im übrigen könnte sich die Beklagte darauf auch nicht berufen, da es insoweit an einer Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG fehlt (BAG 34, 309 = EzA § 102 BetrVG Nr. 44; BAG Urteil vom 1. April 1981 - 7 AZR 1003/78 - EzA § 102 BetrVG Nr. 45, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen).

III. Ein kündigungsrechtlich relevantes Fehlverhalten des Klägers in der maßgeblichen Zeit vom 14. September 1978 bis zum Ausspruch der Kündigung liegt nach alledem nicht vor. Es fehlt damit an einer sozialen Rechtfertigung für die von der Beklagten am 9. Oktober 1978 ausgesprochene Kündigung. Demnach war - ohne daß es auf die weiteren Rügen, insbesondere auch auf die der Verkenntung der Beweislast durch das Landesarbeitsgericht, ankam - unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Hillebrecht

zugleich für den durch
Urlaub verhinderten

Richter Triebfürst

Dr. Röhsler

K.Hauenschild

Strümper



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

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