

Aktenzeichen: 5 AZR 1078/79

LAG Berlin Urteil des BAG vom 20. August 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: LohnFG § 6 Abs. 1 Satz 1; BGB § 407 Abs. 1;
RVO § 182 Abs. 10; ZPO § 448, § 561 Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e



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



5 Sa 26/79 Berlin

Verkündet am
20. August 1980

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 30. Juli 1980 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Matthes und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Schleinkofer und Dr. Kalb für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 15. August 1979 - 5 Sa 26/79 - wird zurückgewiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Kosten der Revision haben die Beklagten als Gesamtschuldner zu tragen.

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

Tatbestand:

Der bei der Klägerin versicherte Arbeiter Sch war seit dem 27. Juli 1978 bei den Beklagten als Gartenarbeiter beschäftigt. Von Montag, dem 25. September, bis zum 15. Oktober 1978 war er arbeitsunfähig krank. Die Beklagten kündigten das Arbeitsverhältnis am 25. September 1978 telegrafisch zum 28. September 1978.

Gegen die Kündigung erhob der Versicherte Klage - 39 Ca 360/78 Arbeitsgericht Berlin -. Dieser Rechtsstreit endete am 2. November 1978 mit einem Prozeßvergleich, der u.a. wie folgt lautet:

- "1. Die Parteien sind sich darüber einig, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers infolge fristgemäßer Kündigung aus betriebsbedingten Gründen am 2. Oktober 1978 endete.
2. Die Beklagten zu 1) und 2) verpflichten sich, als Gesamtschuldner den dem Kläger bis zum 2. Oktober 1978 einschließlich zustehenden Restlohn auszurechnen und unverzüglich zu überweisen unter Abzug des Krankengeldes, das der Kläger von der A O K für den Zeitraum bis zum 2. Oktober 1978 einschließlich erhalten hat. Der Kläger wird unverzüglich die Beklagten darüber informieren, wie hoch das erhaltene Krankengeld war.
3.
4. Damit sind alle gegenseitigen Ansprüche der Parteien aus dem beendeten Arbeitsverhältnis und dem vorliegenden Rechtsstreit ausgeglichen."



Für die Zeit vom 3. bis 15. Oktober 1978 zahlte die Klägerin Krankengeld an den Versicherten in Höhe von 361,49 DM. Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt sie aus übergegangenem Recht (§ 182 Abs. 10 RVO) Erstattung des Betrages. Sie hat einen entsprechenden Zahlungsantrag gestellt und behauptet, die Beklagten hätten aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit gekündigt. Nachdem der Versicherte am 25. September 1978 gegen 9.00 Uhr bei den Beklagten angerufen und seine Erkrankung mitgeteilt habe, sei ihm gekündigt worden.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben behauptet, der Versicherte habe zwar am 25. September 1978 angerufen, jedoch lediglich mitgeteilt, daß er zur Arbeit nicht erscheine. Einen Grund dafür habe er nicht angegeben. Für den Fall, daß er bis 12.00 Uhr nicht auf der Baustelle sei, sei ihm die Kündigung angedroht worden. Der Versicherte habe darauf erwidert, daß er sich krankschreiben lasse, wenn er entlassen werde.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat nach Vernehmung der Zeugen S und Sch das Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision begehren die Beklagten die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat den Klageanspruch bejaht, weil die Beklagten das Arbeitsverhältnis aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten Sch gekündigt haben. Dafür spreche eine Vermutung, wenn die Kündigung in einem zeitlichen Zusammen-



hang mit der Erkrankung erfolge. Soweit der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Arbeitsunfähigkeit habe, spreche die Vermutung für eine Kündigung aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit auch dann, wenn dieser vor Ablauf der Nachweisfrist kündige. Den damit für die Behauptung der Klägerin sprechenden Anscheinsbeweis hätten die Beklagten nicht widerlegen können. Die Richtigkeit ihrer Behauptungen, der Versicherte habe für sein Fehlen keinen Grund angegeben und erst auf die Kündigungsdrohung erklärt, er werde sich krankschreiben lassen, habe die Beweisaufnahme nicht ergeben. Der Lohnfortzahlungsanspruch sei durch den gerichtlichen Vergleich nicht berührt worden. Beim Vergleichsabschluß sei der Versicherte nicht mehr Gläubiger des Lohnfortzahlungsanspruchs gewesen. Ein Gutglaubensschutz der Beklagten komme nicht in Betracht, da diese bei Abschluß des Vergleichs Kenntnis von der Zahlung des Krankengeldes gehabt hätten.

Dem ist der Senat im wesentlichen gefolgt.

II.1.a) Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß eine Kündigung aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit im Regelfalle voraussetzt, daß dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bekannt ist, daß aber der Arbeitgeber sich auf seine Unkenntnis von der Arbeitsunfähigkeit nicht berufen kann, wenn er vor Ablauf der Wartefrist dem fehlenden Arbeitnehmer kündigt. Das entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 26. April 1978, AP Nr. 5 zu § 6 LohnFG [zu 2 b der Gründe]). Es ist auch zutreffend, wenn das Landesarbeitsgericht bei einem zeitlichen Zusammenhang zwischen der Kenntnis des Arbeitgebers von der Arbeitsunfähigkeit - bzw. der bei vorzeitiger Kündigung fingierten Kenntnis - und dem Ausspruch der Kündigung davon ausgeht, daß in einem solchen Falle der Be-



weis des ersten Anscheins dafür spricht, daß der Arbeitgeber aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit gekündigt hat (Urteil des Senats vom 20. August 1980 - 5 AZR 218/78 - [demnächst] AP Nr. 11 zu § 6 LohnFG [zu III 1 der Gründe]). Diesen Anscheinsbeweis kann der Arbeitgeber dadurch erschüttern, daß er Tatsachen vorträgt und gegebenenfalls beweist, aus denen sich ergibt, daß er die Kündigung auch ausgesprochen hätte, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig gewesen wäre.

b) Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme die Behauptungen der Beklagten hinsichtlich der Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben, nicht als erwiesen angesehen. Die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Die Revision rügt, daß das Landesarbeitsgericht den Beklagten zu 1) nicht als Partei vernommen hat. Diese Rüge ist unbegründet.

Es steht im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es eine Partei vernehmen will (BAG AP Nr. 27 zu § 138 BGB [zu III 1 c der Gründe]). In der Revisionsinstanz kann nur nachgeprüft werden, ob das Berufungsgericht bei der Anwendung von § 448 ZPO von zutreffenden Voraussetzungen ausgegangen ist. Voraussetzung einer Parteivernehmung vom Amts wegen ist, daß bereits eine gewisse - wenn auch keine für den Beweis ausreichende - Wahrscheinlichkeit für die zu beweisende Tatsache spricht (BGH LM Nr. 4 zu § 448 ZPO; BAG AP Nr. 1 zu § 628 BGB [Bl. 2 R]). Diese Voraussetzung hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. Es hat ausgeführt, daß "hier" nicht davon ausgegangen werden könne, daß bereits einiger Beweis zugunsten der Beklagten erbracht worden sei, da sich die Aussagen der Zeugen S und Sch widersprächen. Das hält sich im Rahmen tatrichterlicher



Beweiswürdigung und ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Wenn die Revision versucht, das Beweisergebnis anders zu würdigen, so kann sie damit nicht gehört werden.

An die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, daß die Beklagten aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit gekündigt haben, ist der Senat demnach gebunden, § 561 Abs. 2 ZPO.

2.a) Auf den damit gegebenen Lohnfortzahlungsanspruch nach § 6 Abs. 1 Satz 1 LohnFG konnte der Versicherte Sch im Vergleich vom 2. November 1978 nicht verzichten. Er war bei Abschluß des Vergleichs nicht mehr Gläubiger des Anspruchs. Der Lohnfortzahlungsanspruch war vielmehr mit der Zahlung von Krankengeld auf die Klägerin übergegangen, § 182 Abs. 10 RVO. Zwar hat das Landesarbeitsgericht nicht ausdrücklich festgestellt, wann Krankengeld für die Zeit vom 3. bis 15. Oktober 1978 gezahlt worden ist. Das nötigt jedoch nicht zur Zurückverweisung des Rechtsstreits. Am 2. November 1978 war das Krankengeld für die Zeit bis zum 2. Oktober 1978 gezahlt, wie sich aus Nr. 2 des Vergleichs ergibt. Die Arbeitsunfähigkeit selbst war am 15. Oktober beendet. Am 30. Oktober hat die Klägerin die Beklagten zur Erstattung des Krankengeldes aufgefordert. Bei dieser Sachlage kann unbedenklich davon ausgegangen werden, daß am 2. November 1978 das Krankengeld bereits gezahlt war.

b) Den gleichwohl vom Versicherten Sch erklärten Verzicht braucht die Klägerin nicht gegen sich gelten zu lassen. Den Beklagten war bei Abschluß des Vergleichs durch die Mitteilungen der Klägerin vom 9. und 30. Oktober 1978 sowie aus der Erklärung des Versicherten Sch, wie sie in Nr. 2 des Vergleichs wiedergegeben ist, bekannt,



daß Krankengeld gezahlt worden ist. Wenn die Revision geltend macht, daß sich aus Nr. 2 des Vergleiches der Forderungsübergang nicht in seinem gesamten Umfang ergebe, so ist diese Rüge unbegründet. Die Beklagten waren hinsichtlich der Verfügungsbe-
fugnis des Versicherten Sch schon nicht mehr
gutgläubig, als sie erfuhren, daß die Krankenkasse
für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit überhaupt Kran-
kengeld in bestimmter Höhe zahlen werde (Urteil des
Senats vom 20. August 1980 - 5 AZR 218/78 - [dem-
nächst] AP Nr. 11 zu § 6 LohnFG [zu III 3 b der Grün-
de]).

gez.: Dr. Hilger Matthes Roeper

Schleinkofer Dr. Kalb

