

Aktenzeichen: 6 AZR 702/77

LAG Frankfurt am Main Urteil des BAG vom 11. September 1979

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Wartezeit

Leitsätze:

K e i n e



6 AZR 702/77

6 Sa 1021/76 Frankfurt/Main

Verkündet am
11. September 1979

gez. Stöcker,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil
In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. September 1979 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Auffarth, die Richterinnen Michels-Holl, den Richter Dr. Leinemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Martin und Carl für Recht erkannt:

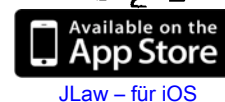
Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt/Main vom 12. Mai 1977 - 6 Sa 1021/76 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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



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



- 2 -

Tatbestand:

Der 1935 geborene Kläger ist italienischer Staatsangehöriger und war bei dem Beklagten, der ein Stuck- und Verputzergeschäft betreibt, seit März 1965 als Verputzer beschäftigt. Der Kläger fuhr jedes Jahr um die Weihnachtszeit auf Heimaturlaub und kehrte im Frühjahr auf seine Arbeitsstelle bei dem Beklagten zurück. In den Jahren 1974 und 1975 stellte der Beklagte dem Kläger vor Antritt seines Urlaubs jeweils eine "Bescheinigung" aus. Während es in der Bescheinigung vom 3. Dezember 1974 heißt:

"Es wird hiermit bescheinigt, daß Herr
R G bei mir als Verputzer beschäftigt ist. Er wird nach seiner Rückkehr vom Urlaub im Frühjahr 1975 als Verputzer weiterbeschäftigt"

lautet die Bescheinigung vom 14. November 1975:

"Herr R G , geboren am
30.4.1935 in B /Italien ist bei
mir seit dem 20.3.1965 als Verputzer beschäftigt. Nach Rückkehr aus seinem Urlaub im Frühjahr 1976 kann er an seinen Arbeitsplatz zurückkehren."

Der Kläger hielt sich vom 16. November 1975 bis 9. März 1976 in seiner Heimat auf. Bei der Zeit vom 16. November bis 2. Dezember 1975 handelte es sich um bezahlten Urlaub. Am 9. März 1976 kehrte der Kläger nach F zurück und nahm seine Arbeit bei dem Beklagten wieder auf. Am 30. März 1976 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 6. April 1976.

Der Kläger hält die Kündigung für sozialwidrig und hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30. März 1976 nicht aufgelöst worden ist; weiterhin hat er Lohnzahlung für die Zeit ab 6. April 1976 in Höhe von 7.200,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 4. August 1976 abzüglich 2.519,40 DM erhaltenen Arbeitslosengeldes begehrt.



Der Beklagte ist der Ansicht, dem Kläger stehe der Schutz des § 1 KSchG nicht zu; das seit 1965 bestehende Arbeitsverhältnis habe am 2. Dezember 1975 geendet und sei am 10. März 1976 neu begründet worden. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Bescheinigung vom 14. November 1975. Vor seinem Urlaubsantritt im November 1975 habe der Kläger auch zu erkennen gegeben, daß er an einer Weiterbeschäftigung beim Beklagten im Frühjahr 1976 nicht mehr interessiert sei. Überdies sei die Kündigung durch Gründe im Verhalten des Klägers gerechtfertigt. Am 29. März 1976 habe der Kläger sich trotz wiederholter Aufforderung des Vorarbeiters geweigert, ihm aufgetragene Arbeiten auszuführen; außerdem habe er die Arbeitsstelle an diesem Tage eine halbe Stunde vor Ablauf der betriebsüblichen Arbeitszeit verlassen.

Der Kläger macht demgegenüber geltend, er habe die persönlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 KSchG erfüllt. Das Arbeitsverhältnis sei in der Zeit vom 2. Dezember 1975 bis 9. März 1976 rechtlich nicht unterbrochen gewesen. Ebenso wie in den vorhergehenden Jahren habe er sich im Anschluß an seinen bezahlten Jahresurlaub im Einvernehmen mit dem Beklagten in den Wintermonaten, in denen in der Baubranche weniger Arbeit anfalle, in Italien aufgehalten, um dann im Frühjahr wieder an seinen Arbeitsplatz beim Beklagten zurückzukehren. Seine Arbeitspapiere seien ihm vom Beklagten auch nicht etwa bei seiner Abreise im November 1975, sondern erst nach der Kündigung vom 30. März 1976 ausgehändigt worden. Der Restlohn für die Monate November und Dezember 1975 sei ebenfalls erst im Frühjahr 1976 ausgezahlt worden. Im übrigen bestreitet er, die behaupteten Arbeitspflichtsverletzungen begangen zu haben.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 30. März 1976 nicht auf-



- 4 -

gelöst worden ist und den Beklagten verurteilt, an den Kläger 4.514,08 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 4. August 1976 abzüglich 2.519,40 DM erhaltenen Arbeitslosengeldes zu zahlen; im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag, die Klage in vollem Umfang abzuweisen, weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten ist nach § 72 Abs. 1 Satz 1 ArbGG a.F., der vorliegend Anwendung findet (§ 121 Abs. 3 ArbGG 1979) zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, daß das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet. Der Kläger hat die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erfüllt, da das Arbeitsverhältnis ununterbrochen seit dem 20. März 1965 bestanden hat.

1. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu ausgeführt, die von dem Beklagten am 14. November 1975 ausgestellte Bescheinigung und die von den Parteien in den früheren Jahren geübte Praxis spreche gegen deren Willen, das Arbeitsverhältnis mit dem 2. Dezember 1975 zu beenden. Vielmehr sei davon auszugehen, daß das Arbeitsverhältnis im Anschluß an den bezahlten Urlaub des Klägers ruhen und im Frühjahr 1976 ohne rechtliche Unterbrechung wieder aufgenommen werden sollte. Den Beweis dafür, daß das Arbeitsverhältnis demgegenüber im Dezember 1975 einvernehmlich beendet werden sollte, habe der Beklagte nicht erbracht.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Der allgemeine Kündigungsschutz des § 1 Abs. 1 KSchG tritt dann ein, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben



Betrieb länger als sechs Monate bestanden hat. Zwar hat der Kläger in der Zeit nach Beendigung seines Jahresurlaubs am 2. Dezember 1975 bis zum 9. März 1976 nicht bei dem Beklagten gearbeitet. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine tatsächliche und nicht um eine rechtliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses. Eine rechtliche Unterbrechung läge nur dann vor, wenn das Arbeitsverhältnis mit dem 2. Dezember 1975 beendet und am 10. März 1976 neu begonnen worden wäre. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses könnte nur durch eine Kündigung oder durch eine einvernehmliche Aufhebung des Arbeitsvertrages erfolgt sein. Da eine Kündigung von keiner Partei behauptet worden ist, steht als Beendigungstatbestand nur eine einvernehmliche Aufhebung in Frage. Der Beklagte hat eine solche einvernehmliche Aufhebung zwar behauptet; das angefochtene Urteil hat sie jedoch nicht als bewiesen angesehen. Die Beweiswürdigung ist für das Revisionsgericht bindend.

3. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei der Beweiswürdigung die Aussage der als Zeugin vernommenen Ehefrau des Beklagten nicht vollständig berücksichtigt (§ 286 ZPO), greift nicht durch.

Die Revision ist der Auffassung, aus der Aussage der Ehefrau des Beklagten ergebe sich, daß der Kläger im Frühjahr 1976 nicht den "Restlohn" aus Dezember 1975 ausgezahlt bekommen habe, sondern daß es sich hierbei um Übergangshilfe nach § 4 Lohnausgleich-Tarifvertrag gehandelt habe; desgleichen habe die Ehefrau des Beklagten bekundet, daß der Kläger mit dem Zeitpunkt als Arbeitnehmer abgemeldet worden sei, den er länger als die Urlaubskasse an Urlaub gezahlt habe, weggeblieben sei.

Hierzu ist darauf hinzuweisen, daß nach der vom Beklagten zu den Akten gereichten Lohnabrechnung vom 12. März 1976 an den Kläger außer dem Lohn für einen Tag Arbeit ein Betrag von 91,02 DM als "Rest Dezember 1975" gezahlt worden ist. Daß es sich dabei um Übergangsgeld nach



§ 4 Lohnzahlungs-Tarifvertrag handeln soll, geht aus der Bescheinigung nicht hervor. Dagegen spricht auch die Höhe des Betrags, denn das nach § 4 Lohnausgleich-Tarifvertrag bei Arbeitslosigkeit nach dem 10. Oktober zu zahlende Übergangsgeld beträgt entweder 85,-- DM (für die Zeit vom 24. Dezember bis 1. Januar) oder 125,-- DM (für sechs Wochen).

Auch die Aussage der Ehefrau des Beklagten, wonach der Kläger für den Zeitraum, den er länger als die Urlaubskasse zahlte, abgemeldet worden ist, spricht nicht zwingend für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Denn der Kläger ist nach den Angaben der Zeugin auch in den vergangenen Jahren, in denen das Arbeitsverhältnis unstreitig nicht rechtlich unterbrochen gewesen war, immer abgemeldet worden. Darüber hinaus erfolgt nach längstens drei Wochen ohne Entgeltzahlung immer eine Abmeldung des Arbeitsverhältnisses (§ 311 RVO).

Aus alldem ergibt sich, daß das Berufungsgericht die Aussage der Zeugin K vollständig berücksichtigt hat.

4. Die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, greift ebenfalls nicht durch. Dem Beklagten ist zwar darin zuzustimmen, daß die Beweislast für die Erfüllung der Wartezeit dem Kläger obliegt, der den Kündigungsschutz für sich in Anspruch nimmt (ebenso Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 1 Anm. 38). Die Frage der Beweislast stellt sich jedoch vorliegend deshalb nicht, weil das Landesarbeitsgericht es aufgrund der vom Beklagten ausgestellten Bescheinigungen bereits als bewiesen angesehen hat, daß das Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 2. Dezember 1975 bis 9. März 1976 nicht rechtlich unterbrochen gewesen ist. In der Auslegung dieser individuellen Bescheinigungen durch das Berufungsgericht ist ein revisibler Rechtsfehler nicht zu erkennen. Der Wortlaut der beiden Bescheinigungen unterscheidet sich zwar dadurch, daß es einmal lautet, der Kläger wer-

de nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub im Frühjahr 1975 als Verputzer "weiterbeschäftigt", während es in der anderen Bescheinigung heißt, der Kläger könne nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub im Frühjahr 1976 an seinen Arbeitsplatz "zurückkehren". Aus dem Wort "zurückkehren" ist aber nicht zwingend zu schließen, daß das Arbeitsverhältnis entgegen der in den Vorjahren geübten Praxis rechtlich beendet worden ist. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, daß die tatsächliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses im Winter 1975/76 ebenso gehandhabt worden ist, wie in den Jahren seit 1965, in denen der Kläger ebenfalls über seinen ihm zustehenden Jahresurlaub hinaus in Italien geblieben und erst zu Beginn der Bausaison wieder auf seine Arbeitsstelle beim Beklagten zurückgekehrt ist. Außerdem ist in beiden Bescheinigungen eingangs auch vom Beklagten bestätigt, daß der Kläger bei ihm als Verputzer beschäftigt "ist", was gerade auf ein Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses und nicht auf eine Beendigung und beabsichtigte spätere Neueinstellung hindeutet.

5. Da das Arbeitsverhältnis demnach in den Wintermonaten 1975/76 rechtlich nicht unterbrochen war, stellte sich die Frage, ob und wann die Zeit eines früheren Arbeitsverhältnisses bei Eingang eines neuen Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen ist, im vorliegenden Falle nicht. Eine Erörterung der vom Bundesarbeitsgericht in den Urteilen vom 6. Dezember 1976 (AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt, vgl. hierzu die Anm. von Herschel in AR-Blattei [D] "Kündigungsschutz" zu Entscheidung 1972 und die Anm. von Sieg in SAE 1977, 238 [240], sowie Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., S. 112), sowie vom 18. Januar 1979 (2 AZR 254/77 - demnächst in AP) vertretenen Rechtsmeinung erübrigt sich daher im vorliegenden Falle.



- 8 -

II. Zutreffend hat das Berufungsgericht die Kündigung auch als sozial nicht gerechtfertigt angesehen.

Das Landesarbeitsgericht hält es für erwiesen, daß der Kläger Ende März 1976 der Weisung des Vorarbeiters W , eine Dachrinne zu streichen, nicht nachgekommen ist und sich geweigert hat, Farben zu mischen. Es hat ferner als erwiesen angesehen, daß der Kläger einmal die Baustelle eine halbe Stunde vor Arbeitsschluß verlassen hat. Das Landesarbeitsgericht hat dieses Verhalten des Klägers zwar als Arbeitspflichtsverletzung angesehen, diese jedoch als nicht so schwerwiegend erachtet, daß sie eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne vorherige Abmahnung rechtfertigt.

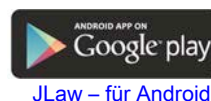
Die Anwendung des § 1 KSchG durch das Berufungsgericht kann vom Revisionsgericht nur beschränkt überprüft werden. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die der Nachprüfung grundsätzlich nur dahin unterliegt, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist, ob bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und bei der Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. etwa BAG 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG; BAG 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG; BAG 4, 152 = AP Nr. 18 zu § 3 TOA sowie BAG AP Nr. 71 zu § 1 KSchG). Bei Anlegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes ergibt sich, daß das angefochtene Urteil zu bestätigen ist.

In dem Verhalten des Klägers liegt eine Arbeitspflichtsverletzung, weil er sich geweigert hat, den Anordnungen des Vorarbeiters zu folgen. Dies stellt eine Störung im sogenannten Leistungsbereich des Arbeitsverhältnisses dar. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist bei Störungen im Leistungsbereich regelmäßig vor Ausspruch einer Kündigung eine vergebliche Abmahnung erforderlich (vgl. BAG 19, 351 [354] = AP Nr. 1 zu § 124

- 9 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

GewO; BAG 11, 278 [287 ff.] = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 57 zu § 626 BGB [zu II 6 der Gründe]; AP Nr. 62 zu § 626 BGB [zu II 2 der Gründe]; AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG [zu II 2 d) der Gründe] und AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung [zu 4 c der Gründe]). Fehlt es an einer solchen Abmahnung, so ist eine auf Leistungsmängel gestützte ordentliche Kündigung sozial nicht gerechtfertigt.

Eine Abmahnung ist zwar dann entbehrlich, wenn sie ausnahmsweise keinen Erfolg verspricht (vgl. BAG AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung). Von einem derartigen Sachverhalt, bei dem ausnahmsweise eine Abmahnung nicht erforderlich ist, kann vorliegend jedoch nicht gesprochen werden. Es ist nichts dafür vorgetragen, daß der Kläger während seiner langjährigen Beschäftigungszeit bei dem Beklagten schon wiederholt solche Verfehlungen begangen hätte. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger bei einer Abmahnung sein Verhalten nicht doch geändert hätte. Das Fehlverhalten des Klägers ist auch nicht so schwerwiegend, daß es eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte. Aufgrund der ihm obliegenden Fürsorgepflicht hätte der Beklagte vor Ausspruch der Kündigung zumindest ein klärendes Gespräch mit dem Kläger herbeiführen müssen.

III. Der Zahlungsanspruch des Klägers ergibt sich, da die Kündigung unwirksam ist, aus § 615 BGB. Angriffe hiergegen sind in der Revision nicht vorgetragen.

IV. Die Revision des Beklagten war somit zurückzuweisen. In dem Tenor des angefochtenen Urteils ist zwar eine formelle Unrichtigkeit insofern enthalten, als darin nicht ausdrücklich zum Ausdruck kommt, daß die Berufung teilweise zurückgewiesen worden ist. Dies ist jedoch unschädlich, da sich aus den Gründen des angefochtenen Urteils ergibt, daß die Berufung, soweit es bei der vom Arbeitsgericht ausgesprochenen Klageabweisung verbleibt, zurückgewiesen wird.

