

Aktenzeichen: 7 AZN 164/84

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Beschluß vom 19. April 1984

- 7 AZN 164/84 -

I. Arbeitsgericht

Bayreuth (Hof)

Urteil vom 20. Januar 1983

- Ca 403/80 H -

II. Landesarbeitsgericht

Nürnberg

Urteil vom 31. Januar 1984

- 2 Sa 34/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Divergenz-Nichtzulassungsbeschwerde

Gesetz: ArbGG 1979 § 72 a Divergenz

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](#)

7 AZN 164/84

2 Sa 34/83 Nürnberg

B e s c h l u ß

In Sachen

PP.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 19. April 1984
beschlossen:

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nicht-
zulassung der Revision im Urteil des Landes-
arbeitsgerichts Nürnberg vom 31. Januar 1984
- 2 Sa 34/83 - wird als unzulässig verworfen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Beschwerde-
verfahrens.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

I. Die Nichtzulassungsbeschwerde wegen Divergenz ist nur dann in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form begründet (§ 72 a Abs. 3 Satz 2 ArbGG), wenn der Beschwerdeführer im einzelnen darlegt, welche divergierenden, abstrakten Rechtssätze das anzufechtende wie das angezogene Urteil aufgestellt haben und daß jedenfalls das anzufechtende Urteil auf dem abweichenden Rechtssatz beruht (BAG 32, 136 = AP Nr. 1 zu § 72 a ArbGG 1979). Dabei müssen die Rechtssätze aus der anzufechtenden und der angezogenen Entscheidung unmittelbar und so deutlich abzulesen sein, daß kein Raum für Zweifel bleibt, welchen Rechtssatz die Entscheidungen aufgestellt haben (BAG Urteil vom 3. Juli 1963 - 4 AZR 207/62 - AP Nr. 24 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision). Es genügt deshalb nicht, daß aus den Ausführungen der Entscheidungen nur mittelbar auf einen diesen Ausführungen zugrunde liegenden Rechtssatz geschlossen werden kann (BAG Beschluß vom 16. Oktober 1967 - 2 AZR 271/67 - AP Nr. 31 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision). Erst recht genügt es nicht, daß das anzufechtende Urteil von einer an sich divergenzfähigen Entscheidung irgendwie, also insbesondere im Ergebnis, abweicht (BAG, aaO, AP Nr. 24 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision), denn nicht jede Rechtsanwendung enthält zwangsläufig die Aufstellung eines Rechtssatzes.

II. Diesen Erfordernissen genügt die Beschwerde nicht.

1. Die Beschwerde hat aus dem anzufechtenden Urteil den Rechtssatz zitiert: "Desgleichen ist die hilfsweise ausgesprochene Kündigung gemäß § 7 des Dienstvertrages nicht sachlich gerechtfertigt. Eine grobe Dienstverletzung, wie sie in dem Vertrag vorausgesetzt wird, ist nach dem Vorstehenden nicht zu erkennen." Sie meint, dieser Rechtssatz divergiere mit dem Rechtssatz aus der angezogenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Oktober 1954 - 2 AZR 6/54 - (AP Nr. 5 zu § 1 KSchG): "Es geht nicht an, die Gründe für eine ordentliche Kündigung mit dem wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu vergleichen."



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



Beide Rechtssätze divergieren - entgegen der Ansicht der Beschwerde - nicht. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich nicht ausgeführt, die Gründe für eine ordentliche Kündigung seien mit einer Kündigung aus wichtigem Grund zu vergleichen (also im Sinne der Beschwerde, wenn eine außerordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt sei, sei auch eine ordentliche Kündigung aus den gleichen Erwägungen nicht gerechtfertigt). Das Landesarbeitsgericht hat im anzufechtenden Urteil lediglich ausgeführt, nach dem Dienstvertrag könne eine ordentliche Kündigung nur auf eine grobe Dienstverletzung gestützt werden, und derartige Pflichtwidrigkeiten seien nach den vorangegangenen Ausführungen - wenn auch zur außerordentlichen Kündigung - nicht festzustellen. Damit ist nicht generell auf die Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung abgestellt worden, sondern auf die besonderen Umstände des Dienstvertrages, nach dem nur eine grobe Dienstverletzung für eine ordentliche Kündigung in Betracht kommt.

Entgegen der Ansicht der Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht nicht den Unterschied zwischen einer außerordentlichen und einer ordentlichen Kündigung verkannt, sondern es hat im Zusammenhang mit der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung lediglich darauf hingewiesen, daß eine grobe Dienstverletzung, die nach dem Dienstvertrag u. a. Voraussetzung für eine ordentliche Kündigung ist, nicht vorgelegen habe.

2. Zur Weigerung des verstorbenen Klägers, sich trotz wiederholter Aufforderung einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, meint die Beschwerde, das anzufechtende Urteil sei von dem Rechtssatz ausgegangen, "daß der verstorbene Kläger derart arbeitete, daß für die Beklagte kein konkreter Anlaß bestand, nähere Erkundigungen betreffend der Schwere seiner Schädigung einzuholen". Daraus folge zwingend der abstrakte Rechtssatz, daß die Notwendigkeit, ärztliche Auskünfte über den Gesundheitszustand oder die Dienstfähigkeit einzuholen, sich ausschließlich nach der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers beurteile. Die Beschwerde meint, mit dieser Erkenntnis des anzufechtenden Urteils divergiere der Rechtssatz des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (Mannheim) aus seiner Entscheidung vom 11. Juli 1974 - 7 Sa 17/74 - (AR-Blattei D Krankheit



des Arbeitnehmers, Entscheidung Nr. 138), "daß die Notwendigkeit der Einholung von Auskünften über den Gesundheitszustand bei langanhaltender Krankheit grundsätzlich gegeben ist".

Die Beschwerde hat auf diese Weise eine Divergenz nicht aufgezeigt. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich (§. 9 des Urteils) unterstellt, daß eine arbeitsvertragliche Pflicht bestanden habe, sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Es hat lediglich ausgeführt, die Weigerung, dieser Verpflichtung nachzukommen, sei nicht als so schwerwiegend zu betrachten, daß sie eine Weiterbeschäftigung unzumutbar gemacht hätte.

3. Das Landesarbeitsgericht hat seine Begründung, die Weigerung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, rechtfertigt die Kündigung nicht, zusätzlich gestützt auf die Erwägung, es fehle insoweit an einer notwendigen Abmahnung, die dem verstorbenen Kläger vor Augen geführt hätte, daß die Beklagte sein Verhalten nicht sanktionslos hinnehmen werde. Es handelt sich insoweit um eine Zusatz- oder Alternativbegründung. In diesen Fällen setzt eine Divergenz eine Abweichung von beiden Begründungen voraus, denn in einem solchen Fall beruht das anzufechtende Urteil nicht allein auf einer der beiden Begründungen (ständige Rechtsprechung, vgl. u.a. BAG AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision). Die Ausführungen der Beschwerde zum Punkt Abmahnung entsprechen den Voraussetzungen für die Darlegung einer Divergenz ebenfalls nicht: Die Beschwerde meint, aus den Ausführungen im anzufechtenden Urteil folge zwingend der abstrakte Rechtssatz, ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das - wie im vorliegenden Fall - nicht ausschließlich den reinen gegenseitigen Leistungsbereich berühre, bedürfe vor Ausspruch einer Kündigung einer vorherigen Abmahnung des Arbeitnehmers. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts stünden im Widerspruch zu dem Rechtssatz des Bundesarbeitsgerichts aus der angezogenen Entscheidung vom 18. März 1982 - 2 AZR 692/79 -: "Das Berufungsgericht hat übersehen, daß die Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers sowohl den reinen Leistungsbereich als auch den Vertrauensbereich betreffen können. Um eine Leistungsstörung handelt es sich, wenn der



Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat, ohne daß dadurch zugleich das erforderliche Vertrauensverhältnis erheblich gestört worden ist (Schlechtleistung, unentschuldigtes Fernbleiben, Unpünktlichkeit). Wirkt sich ein vertragswidriges Verhalten als Störung in diesem Leistungsbereich aus, ist grundsätzlich vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung eine vorherige vergebliche Abmahnung erforderlich (vgl. statt vieler BAG vom 18.1.1980 - 7 AZR 75/78 - in AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969, Verhaltensbedingte Kündigung)."

Die Beschwerde verkennt, daß das Landesarbeitsgericht nicht ausgeführt hat, es betrachte die Weigerung des verstorbenen Klägers, sich ärztlich untersuchen zu lassen, als einen Verstoß, der den Vertrauensbereich berühre. Nur dann bestünde eine Divergenz. Im vorliegenden Fall mag das Landesarbeitsgericht die Weigerung des verstorbenen Klägers als einen Leistungsverstoß beurteilt haben oder es mag unterlassen haben zu differenzieren zwischen Leistungs- und Vertrauensbereich. Einen divergierenden Rechtssatz hat es jedoch nicht aufgestellt. Allenfalls kommt eine möglicherweise fehlerhafte Rechtsanwendung in Betracht, die jedoch erst im Rahmen einer zulässigen Revision vom Senat überprüft werden könnte.

Beruht nach alledem das anzufechtende Urteil wegen der Doppelbegründung nicht allein auf der Frage der Vertragswidrigkeit der Unterlassung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, beruht schon aus diesen Erwägungen die erste Begründung wegen der Vertragswidrigkeit - abgesehen von den vorangegangenen Ausführungen - nicht auf Divergenz.

4. Ob die Beschwerde im Zusammenhang mit der Hilfskraft, die nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts im anzufechtenden Urteil dem verstorbenen Kläger zur Seite zu stellen gewesen wäre, einen abstrakten Rechtssatz aufgestellt hat, mag dahingestellt bleiben, denn zumindest hat die Beschwerde in diesem Zusammenhang keine Divergenz dargelegt. Entgegen den Ausführungen der Beschwerde enthält nämlich die angezogene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Februar 1970 - 1 AZR 258/68 - (AP



Nr. 16 zu § 618 BGB) einen Absatz, in dem ausgeführt worden ist: "Allerdings hätte der Kläger, als er bemerkte, daß sein Aufgabenkreis sich immer mehr ausweitete, das zum Anlaß nehmen müssen, um bei der Beklagten auf eine Entlastung und auf die Gewährung von Urlaub zu drängen." Ob unter "Entlastung" auch eine Hilfskraft zu verstehen sein kann, mag offenbleiben, denn zumindest kann aus dieser Entscheidung - entgegen der Ansicht der Beschwerde - nicht herausgelesen werden, das Bundesarbeitsgericht habe zum Ausdruck gebracht, ein kranker Arbeitnehmer dürfe sich nicht darauf berufen, ihm hätte eine Hilfskraft zur Seite gestellt werden müssen.

Abgesehen davon beruht das anzufechtende Urteil nicht allein auf dieser von der Beschwerde angegriffenen Begründung. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich seine Entscheidung weiterhin darauf gestützt, der verstorbene Kläger hätte wesentliche Aufgaben auf den eigens dafür eingestellten Leiter der Dramaturgie, Dr. P , delegieren können. Ob das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang übersehen hat, wie die Beschwerde ausführt, daß Dr. P vom verstorbenen Kläger vertragswidrig eingestellt worden sei, deutet nicht auf einen abstrakten Rechtssatz und damit die Divergenz von Ausführungen im anzufechtenden Urteil, sondern möglicherweise auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung.

III. Nach alledem ist die Beschwerde mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen (§ 72 a Abs. 5 Satz 3 ArbGG).

Roeper

Dr. Röhler

Triebfürst



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)