

Anmerkung zum Urteil des LAG Bremen vom 29.10.1985 –4 Sa 151/85 - Leistung nach Treu und Glauben / Kündigung nach Arbeitsunfall [Urteilsanmerkung]

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1985. "Anmerkung zum Urteil des LAG Bremen vom 29.10.1985 –4 Sa 151/85 - Leistung nach Treu und Glauben / Kündigung nach Arbeitsunfall [Urteilsanmerkung]." In *Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (LAGE)*, edited by Eugen Stahlhacke and Gert-Albert Lipke, Loseblatt-Ausgabe, 9–14. Köln: Luchterhand.



LAGE

Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte

begründet von

*Prof. Dr. Dr. h.c. Eugen Stahlhacke
Präsident des Landesarbeitsgerichts a. D.*

fortgeführt von

*Prof. Dr. Gert-Albert Lipke
Präsident des Landesarbeitsgerichts
Niedersachsen*



Luchterhand

Zitierweise:

z. B.

LAG Düsseldorf LAGE § 309 BGB 2002 Nr. 1

ISBN 3-472-10680-8



HOTLINE für Ihre Fragen: 0 26 31/8 01 22 38 (Monika Thiel)

Fax: 0 26 31/8 01 24 44

LAGE *Entscheidungen der
Landesarbeitsgerichte*

Alle Rechte vorbehalten

Luchterhand, eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland

© 2003 by Wolters Kluwer Deutschland GmbH, München/Unterschleißheim

Anschrift: Postfach 23 52, 56513 Neuwied,

Tel. 0 26 31/8 01-0, Telefax 0 26 31/8 01 22 04.

Redaktion: Helmut Zölch, Tel. 0 26 31/8 01 22 96 oder

Monika Thiel, Tel. 0 26 31/8 01 22 38.

Herausgegeben und bearbeitet von: Prof. Dr. Gert-Albert Lipke

Satz: Libro, Kriftel

Druck: Druckerei Plump KG, Rheinbreitbach

Anmerkung

Die Entscheidung bewegt sich in einem schwierigen Grenzbe-
reich des Kündigungsschutzes. Im Ergebnis ist der in ihr vertre-
tenen Bewertung des Interessenkonflikts zuzustimmen. Bezüg-
lich der konzeptionellen Gestaltung bleibt allerdings ein gewis-
ses Unbehagen. Dieses liegt jedoch nicht in Mängeln der Ent-
scheidung begründet, sondern in der Erkenntnis, daß ein über-
zeugender Weg aus dem Dilemma vorstehend inmitten stehender
Art wohl nicht zu finden ist.

1. Zutreffend ist der in der Entscheidung gewählte Ausgangs-
punkt, Kündigungen unabhängig davon, ob sie unter das Kündi-
gungsschutzgesetz fallen oder nicht, der Kontrolle unter dem
Gesichtspunkt des § 242 BGB zu unterwerfen. Wie jedes andere
Rechtsgeschäft muß auch die Kündigung den Anforderungen von
Treu und Glauben entsprechen. Dabei muß — was in vorstehen-
der Entscheidung auch geschieht — berücksichtigt werden, daß
ein Teilbereich des von Treu und Glauben Geforderten durch § 1
KSchG schon konkretisiert und damit abschließend geregelt
wird. Was die soziale Rechtfertigung einer Kündigung durch
personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Gründe angeht,
kann nur auf der Grundlage des § 1 KSchG entschieden, der
Kündigungsschutz nicht etwa über § 242 BGB nachgebessert
werden. Wer nicht in den Geltungsbereich des Kündigungs-
schutzgesetzes fällt, kann den Schutz, den §§ 1, 23 KSchG (wegen
der fehlenden Voraussetzungen der Betriebszugehörigkeitsdauer
oder der erforderlichen Betriebsgröße) vorenthalten, nicht über
§ 242 BGB erlangen.

§ 1 KSchG konkretisiert den Grundsatz von Treu und Glau-
ben aber nicht in seiner gesamten Wirkungsbreite, sondern nur
soweit es um das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung der
Kündigung geht. Neben diesem setzen Treu und Glauben der
Kündigungsfreiheit aber auch noch andere Grenzen, insbesonde-
re bezüglich der Form und des Zeitpunktes der Ausübung des
Kündigungsrechtes, worum es gerade im vorliegenden Fall geht.
Insoweit kann § 1 KSchG der Anwendung des § 242 BGB auch
nicht entgegenstehen. Darüber besteht in Rechtsprechung und
Literatur weitgehend Einvernehmen. In vorstehender Entschei-
dung wird dies in weitgehender Anlehnung an die Kommentie-
rung im Gemeinschaftscommentar zum Kündigungsrecht aus-
führlich dargelegt.

2. Dementsprechend ist davon auszugehen, daß eine Kündi-
gungserklärung unter dem Gesichtspunkt rechtsmißbräuchli-
cher Ausübung des Kündigungsrechtes allein im Hinblick darauf
unwirksam sein kann, daß sie wegen vorliegender besonderer

Umstände zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht hätte ausgesprochen werden dürfen ungeachtet dessen, daß ein die Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigender Grund grundsätzlich vorliegt.

a) Dabei geht es nicht um die Kündigung „zur Unzeit“ im Sinne § 627 oder § 723 Abs. 2 BGB, denn nach diesen Bestimmungen muß der Kündigende auf die Bedürfnisse des Kündigungsempfängers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses Rücksicht nehmen, und zwar bezüglich des Termins, zu dem das Arbeitsverhältnis beendet werden soll. Eine solche Pflicht zur Rücksichtnahme gibt es bei Kündigungen von Arbeitsverhältnissen nicht; bei diesen wird der Kündigungsempfänger insoweit allein durch die sehr differenziert gestalteten Kündigungsfristen geschützt. Unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB kann (neben einer besonders verletzenden Form) nur der Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung beanstandet werden — die sogenannte „ungehörige Kündigung“ (siehe dazu Röhler, DB 1969, S. 1147). Der Kündigende hat zwar einen aner kennenswerten Grund zur Auflösung und macht diesen unter Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Kündigungsfrist geltend — mit der Wahl des Zeitpunkts für den Ausspruch der Kündigungserklärung nimmt er jedoch nicht die ihm im Verhältnis zum Vertragspartner gebotene Rücksicht. Der Kündigung ist dann wegen Rechtsmißbrauchs die Wirksamkeit abzusprechen. Die Frage ist, wann ein solcher Vorwurf erhoben werden kann.

b) In der Entscheidung vom 14. 4. 1984 (AP Nr. 88 zu § 626 BGB = Eza Nr. 38 zu § 242 BGB) hatte das BAG eine am 24. Dezember („Heiliger Abend“) zugegangene Kündigung nicht als „ungehörig“ gewertet (wobei es gegen die Konsequenz der Unwirksamkeit der Kündigung in Fällen ihrer Ungehörigkeit im übrigen eine deutliche Reserve erkennen ließ). Entscheidend für die Wertung als unehörig sieht das BAG „eine Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Erklärungsempfängers, insbesondere auf Achtung seiner Persönlichkeit“. Darüber kann letztlich nur unter Abwägung der Beeinträchtigung des Kündigungsempfängers mit dem Interesse des Kündigenden an einer Kündigung gerade zu dem gewählten Zeitpunkt entschieden werden. Diesbezüglich unterscheidet sich der vom BAG behandelte Fall von dem vorstehend wiedergegebenen Sachverhalt allerdings maßgebend. Im BAG-Fall ging es um eine außerordentliche Kündigung aus in der Person des Arbeitnehmers liegendem wichtigem Grund im Sinne § 626 Abs. 1 BGB. Im Hinblick auf die rigide Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB stand der Zeitpunkt der Kündigungserklärung nicht zur beliebigen Verfügung des Arbeitgebers. Der 24. Dezember ist nicht nur Arbeitstag, sondern auch fristenrechtlich normaler Werktag. Er würde auch bei der Berechnung der

Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB mit zu berücksichtigen sein. Man wird allerdings nicht ausschließen können, daß eine Kündigung am 24. 12. im Einzelfall auch einmal unzulässig sein kann, nämlich wenn der Arbeitgeber sie ohne weiteres auch an einem anderen Termin hätte erklären können und der 24. 12. in schikanöser Absicht oder um dem Arbeitnehmer eine sofortige Reaktionsmöglichkeit abzuschneiden gewählt wird. Jedoch kommt dies dann nicht in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Zeit vorher zur Prüfung der Kündigungsgründe und zur Abwicklung des Mitbestimmungsverfahrens braucht.

3. Im vorstehend entschiedenen Fall ist eine wesentlich andere Interessenkonstellation anzuerkennen. Die Kündigung mochte zwar betriebsbedingt gewesen sein. Bezüglich des Zeitpunkts der Abgabe der Kündigungserklärung war der Arbeitgeber jedoch nicht in Bedrängnis. Es war ihm deshalb — von der objektiven Interessenlage her — ohne weiteres zumutbar, mit der Kündigung noch zuzuwarten. Er konnte dadurch eine Kündigungsbeurteilung nicht verwirken. Wirtschaftliche Nachteile kommen allenfalls insoweit in Betracht, als sich durch die spätere Kündigung der Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist und damit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verschoben. Insoweit ergaben sich daraus allerdings im konkreten Fall wegen der langen Krankheitsdauer für den Arbeitgeber nicht einmal Nachteile. Selbst wenn sich die Lohnzahlungspflicht aber entsprechend verlängern sollte, wäre dies eine vom Arbeitgeber hinzunehmende materielle Belastung. Die Schonungsbedürftigkeit eines wegen eines schweren Arbeitsunfalls ins Krankenhaus eingelieferten, vor einer Operation stehenden Arbeitnehmers ist von ganz anderem Gewicht als die eines Arbeitnehmers am „Heiligen Abend“. Sicher zeugt es nicht von glücklicher Hand, den Überlegungsgang und Verfahrensablauf so zu gestalten, daß die Kündigung am Heiligen Abend erklärt wird. Desungeachtet kann solches Vorgehen noch nicht zu einer rechtlich relevanten Ungehörigkeit der Kündigung führen. Hingegen geht es bei dem im Krankenhaus befindlichen Arbeitnehmer zum einen um gesundheitliche Rückwirkungen, zum anderen um die Einschränkung seiner Verteidigungsfähigkeit — es ist kurz vor der Operation zunächst überhaupt nicht zu übersehen, wann der Arbeitnehmer zur Wahrnehmung seiner rechtlichen Angelegenheiten wieder voll in der Lage sein wird.

Die Kündigung des Arbeitgebers steht nach der ständigen Rechtsprechung des BAG unter dem Gebot der Interessenabwägung. Dies gilt in der Frage, ob bestimmte Umstände, insbesondere ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers zur Lösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen. Nur unter Abwägung der beiderseitigen Interessen kann aber auch darüber bestimmt werden,

ob die Geltendmachung eines grundsätzlich zuzubilligenden Kündigungsrechts in einer bestimmten für den Arbeitnehmer besonders belastenden Situation ungehindert zugelassen werden soll — was von der Rechtsgeschäftslehre her zunächst geboten erscheint — oder ob dem Arbeitgeber eine zeitweilige Nichtausübung des Kündigungsrechts abverlangt werden muß. Der vorstehend zu entscheidende Sachverhalt lag von der Interessengewichtung her insoweit deutlich anders als der vom BAG entschiedene Fall, als der Arbeitnehmer sich, wie die Angaben zu seinem Arbeitseinsatz erkennen lassen, weit über seine arbeitsvertraglichen Pflichten hinaus und unter krassem Verstoß gegen die Vorschriften der AZO seinem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt hatte — zweifellos zur Wahrung betrieblicher Interessen, was auch dann uneingeschränkt der Fall wäre, wenn es, wie vom Arbeitgeber angeführt, nicht darum ging, einen längerfristigen Arbeitsanfall zu bewältigen, sondern den aus einer Maschinenstörung resultierenden Arbeitsübergang auszugleichen. Die darin liegende Opferbereitschaft des Arbeitnehmers wird erst richtig deutlich, wenn man seine Verhaltensweise auf dem Hintergrund der laufenden Flexibilisierungsdebatte sieht. In den Tarifrunden wird über jede Stunde Flexibilisierungspotential zähgerungen. Nur in engsten Grenzen ist die Gewerkschaftsseite bereit, eine Organisation der Arbeit mit zu tragen, nach der die Arbeitskraft zum Zeitpunkt des Arbeitsanfalls zur Verfügung steht und nicht nach einem starren Schema gleichmäßig auf Wochen und Wochenarbeitstage ohne Rücksicht auf Beschäftigungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten verteilt wird. Daß solche flexiblen Arbeitszeitmodelle nur unter Wahrung der Arbeitnehmerbelange und selbstverständlich nur in den Grenzen der AZO, die einen Mindestschutz der Arbeitnehmer garantiert, angestrebt werden können, bedarf keiner Darlegung, desgleichen daß die Verhaltensweise der Arbeitsvertragsparteien im vorstehenden Sachverhalt weit jenseits dieser Grenzen liegt. Enttäuschen muß, daß ein Arbeitgeber den Interessen eines Arbeitnehmers, der sich dermaßen aufopfernd dem Betrieb zur Verfügung stellt, nicht einmal bei der Wahl der Kündigungserklärung ausreichend Rechnung trägt. Die Zurücksetzung der Interessen des Arbeitnehmers ist im vorliegenden Fall nicht nur eine Frage unglücklichen Stils, sondern der richtigen Rechtsausübung.

Nur am Rande sei vermerkt, daß im Falle der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes die soziale Rechtfertigung der betriebsbedingten Kündigung unter dem Gesichtspunkt der sozialen Auswahl (im Hinblick auf den überobligationsmäßigen Arbeitseinsatz und die arbeitsunfallbedingte Arbeitsunfähigkeit) neu hätte überprüft werden müssen, so daß schon von daher geboten war, die Erklärung der Kündigung zurückzustellen.

4. Das Dilemma liegt zum einen darin, daß die Bewertung der Kündigung als unwirksam die dem Arbeitnehmer in der kritischen Situation zugefügte Belastung nicht ungeschehen machen kann. Eventuelle negative Auswirkungen auf seine gesundheitliche Konstitution sind in der Regel nicht feststellbar und deshalb auch nicht ausgleichsfähig; im Grunde liegt eine Beeinträchtigung vor, die nur über Zubilligung von Schmerzensgeld kompensiert werden könnte. Die Bewertung der Kündigung als unwirksam kann einen Ausgleich nicht wirklich herstellen. Sie bewirkt zwar, daß die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht zum Ablauf der vorgesehenen Kündigungsfrist beendet. Ein rechtskundiger Arbeitgeber wird jedoch in Zweifelsfällen die Kündigung zu einem nicht mehr ungehörigen Zeitpunkt wiederholen und sich damit vor jedem Risiko schützen. Den Arbeitnehmer trifft dann die ganze Belastung der ungehörigen Kündigung, ohne daß er hierfür einen Ausgleich bekäme. Die Unwirksamkeit der ungehörigen Kündigung nützt ihm angesichts der nachgeschobenen Kündigung nur wenig.

Andererseits wird ein Arbeitgeber, der die Kündigungserklärung in Unkenntnis des ungehörigen Zeitpunktes abgab und der über die Rechtsfolge einer ungehörigen Kündigung auch nicht im Bilde ist, mit der Unwirksamkeit der Kündigung auch nicht angemessen bedient. Die Berechtigung zur Kündigung war grundsätzlich gegeben. Lediglich der unzulässige Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs führte zu ihrer Unwirksamkeit; hiervon erfährt der Arbeitgeber aber möglicherweise erst viel später, vielleicht aufgrund des Kündigungsschutzprozesses. Wenn er keine Kündigung nachgeschoben hat, kommt es entweder (insbesondere im Falle des § 626 Abs. 2 BGB) überhaupt nicht zur Lösung des Arbeitsverhältnisses oder doch nur mit einer übermäßigen zeitlichen Verzögerung.

Solange keine bessere Konzeption geboten werden kann, muß für Situationen des vorliegenden Musters aber von der Unwirksamkeit der Kündigung ausgegangen werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis des ungehörigen Zeitpunktes die Kündigung ausspricht. Er muß sich die fehlende Rücksichtnahme auf elementare Arbeitnehmerbelange aber auch dann entgegenhalten lassen, wenn ihm selbst die Kenntnis der ungehörigen Situation fehlt, seine handelnden Mitarbeiter jedoch im Bild sind. Es geht der Sache nach um Verhaltenspflichten (Pflicht zur Rücksichtnahme) im Rahmen des Arbeitsverhältnisses. Deshalb ist § 278 BGB unmittelbar oder zumindest seinem Rechtsgedanken nach heranzuziehen. Nicht nur dem Arbeitgeber selbst, sondern auch seinen bei Personalmaßnahmen eingeschalteten Mitarbeitern kann eine entsprechende Sensibilität abver-

langt werden. Nach vorstehendem Sachverhalt hatte ein „Angestellter“ die Kündigung in der Klinik ausgehändigt; es läßt sich nicht ersehen, welche Funktion ihm im Betrieb übertragen war. Wenn der Kündigungsberechtigte Unfall und Krankenhausaufenthalt nicht kannte, mußte der Angestellte dies bei Erteilung oder Ausführung seines Auftrags zur Zustellung erkennen, wenn er den Arbeitnehmer nicht zu Hause antrifft und deshalb in der Klinik aufsucht — eine Rückfrage beim Kündigungsberechtigten mußte sich zumindest aufdrängen.

5. Nur konsequent ist für den vorliegenden Fall, vom Arbeitnehmer nicht die sofortige Zurückweisung der Kündigung zu verlangen. Die Ungehörigkeit der Kündigung wurde gerade aus der bedrängten Situation des Arbeitnehmers in der Klinik abgeleitet. Man würde die darin liegende Anerkennung berechtigter Arbeitnehmerbelange wieder unterlaufen, wollte man dem Arbeitnehmer die sofortige Zurückweisung der Kündigung abverlangen. Eine solche setzt zunächst entsprechende Rechtskenntnis voraus — wie sollte ein Arbeitnehmer, der die noch gar nicht gefestigte, vom BAG zudem angezweifelte Rechtsprechung zur unehörligen Kündigung nicht kennt, auf die Idee kommen, die ihm zugestellte Kündigung sofort zurückzuweisen? Zum anderen braucht der Arbeitnehmer die entsprechende Abwehrfähigkeit — und diese war ihm kurz vor der Operation kaum zu unterstellen. „Sofortige“ Zurückweisung kann in diesen Fällen überhaupt nicht in Betracht kommen, allenfalls eine „unverzügliche“ mit entsprechender Berücksichtigung der konkreten Situation. Besser erscheint es, analog § 4 KSchG eine Geltendmachung innerhalb der Dreiwochenfrist zu verlangen (gegebenenfalls mit der Verlängerungsmöglichkeit entsprechend § 5 KSchG).

Insgesamt zeigt sich: Das Problemfeld der unehörligen Kündigung bedarf einer an Treu und Glauben orientierten Lösung. An der Strukturierung dieser Lösung muß noch gearbeitet werden. Während des Entwicklungsprozesses läßt sich eine gewisse Offenheit nicht vermeiden. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit steht der gewonnenen Lösung aber zunächst nicht entgegen.

Prof. Dr. Herbert Buchner, Augsburg