

2 AZR 604/90

5 Sa 15/90 Berlin

Verkündet am
16. August 1991

Noll,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

DP.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. August 1991 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Rost sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und Brocksiepe für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 8. Juni 1990 - 5 Sa 15/90 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

T a t b e s t a n d .

Der 1963 geborene, verheiratete Kläger war seit 13. Mai 1987 bei der Beklagten als Schweißer beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Vorschriften des Manteltarifvertrages für die Berliner Metallindustrie vom 29. April 1987 Anwendung. Sein Bruttolohn betrug zuletzt 3.500,-- DM.

Der Kläger war seit 2. März 1989 wiederholt arbeitsunfähig krank. Bei der Beklagten besteht eine Arbeitsordnung, in der in § 20 u. a. folgendes geregelt ist:

§ 20 Arbeitsversäumnis

1. Ist ein Mitarbeiter aus zwingenden, nicht voraussehbaren Gründen verhindert, so hat er den zuständigen Meister oder Abteilungsleiter unverzüglich zu benachrichtigen. Diese Benach-

richtigung hat während des ersten Abwesenheitstages bis 12.00 Uhr unter Angabe der Gründe sowie der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsverhinderung zu erfolgen.

Die Abwesenheitserklärungen können formlos (telefonisch, durch Angehörige oder Arbeitskollegen usw.) übermittelt werden. Es liegt jedoch im Interesse der Mitarbeiter und wird daher dringend nahegelegt, dies schriftlich zu tun, um Übermittlungsfehler und evtl. Nachteile für den betreffenden Mitarbeiter zu vermeiden.

Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfallverletzung ist der Firma außerdem unverzüglich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.

2. Voraussehbare Arbeitsverhinderungen hat der Mitarbeiter rechtzeitig dem betreffenden Meister bzw. Abteilungsleiter vorher anzuzeigen und um Arbeitsbefreiung nachzusuchen. Hierzu gehören insbesondere die tarifvertraglich geregelten bezahlten Arbeitsversäumnisse wie Eheschließung, Niederkunft der Ehefrau, Tod nächster Angehöriger, Umzug als Haushaltsvorstand, Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten usw.

Am 4. April 1989 mahnte die Beklagte den Kläger wegen unentschuldigtem Fernbleibens von der Arbeit ab. Wegen späteren erneuten unentschuldigtem Fehlens kündigte sie das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 28. April 1989. Im anschließenden Kündigungsschutzprozeß (8 Ca 151/89 Arbeitsgericht Berlin) kamen die Parteien durch Vergleich überein, ab 20. Juli 1989 ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen und zwar zu den bisherigen Bedingungen und unter Anrechnung der bisherigen Betriebszugehörigkeit des Klägers. In Ziffer 3 dieses Vergleiches ist weiter vereinbart:

"Der Kläger erklärt, daß er sich bewußt ist, daß er pünktlich zur Arbeit zu erscheinen hat und daß er ferner, falls er krank wird oder sonst verhindert ist, der Beklagten nicht nur ein Attest zu übersenden hat, sondern sich außerdem bereits am

ersten Tag des Fernbleibens unter Angabe der Gründe sowie der voraussichtlichen Dauer des Fernbleibens telefonisch zu entschuldigen hat, und zwar möglichst im Personalbüro. Er erklärt, daß er sich bewußt ist, daß Verstöße gegen diese Verpflichtungen zur Kündigung führen können."

Der Kläger nahm am 20. Juli 1989 seine Arbeit wieder auf, fehlte jedoch am nächsten Tag erneut an seinem Arbeitsplatz. Er suchte an diesem Tag seine Hausärztin auf, die ihm Arbeitsunfähigkeit bis auf weiteres attestierte. Die Bescheinigung ging am 25. Juli 1989 bei der Beklagten ein.

Am 21. Juli 1989 mahnte die Beklagte den Kläger wegen unentschuldigtem Fehlen mit dem Hinweis ab, sie werde im Wiederholungsfalle das Beschäftigungsverhältnis beenden.

Am 10. August 1989 wurde der Kläger, der vorerst bis 11. August 1989 weiter arbeitsunfähig krankgeschrieben war, vom Vertrauensarzt der AOK Berlin untersucht mit dem Ergebnis, seine Arbeitsunfähigkeit ende mit Ablauf des 11. August 1989. Dies teilte die AOK der Beklagten am selben Tage mit. Dem Kläger war bekannt, daß die AOK die Beklagte unmittelbar unterrichten werde.

Am 14. August 1989, seinem nächsten Arbeitstag, erschien der Kläger nicht zur Arbeit und unterrichtete die Beklagte auch nicht über den Grund seines Fernbleibens. An diesem Tag unterzeichnete die ihn behandelnde Ärztin einen Auszahlungsschein für die AOK und attestierte ihm am 17. August 1989 eine weitere (Folge-) Arbeitsunfähigkeit bis voraussichtlich 25. August 1989. Gegen die Entscheidung des Vertrauensarztes legte sie Widerspruch ein. Aufgrund eines Obergutachtens des medizinischen Dienstes am 7. Sep-

tember 1989 wurde eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers über den 11. August 1989 hinaus anerkannt.

Die Beklagte bat am 14. August 1989 ihren Betriebsrat um Zustimmung zur außerordentlichen, ersatzweise fristgemäßen Kündigung des Klägers zum 25. August 1989. Der Betriebsrat stimmte zu. Die Ordnungsmäßigkeit der Anhörung des Betriebsrates ist zwischen den Parteien nicht mehr streitig.

Mit Schreiben vom 14. August 1989 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 25. August 1989.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Er hat vorgebracht, er habe am 21. Juli 1989 nicht unentschuldigt gefehlt, sondern unter Zeugen bei der Beklagten angerufen und sein Nichterscheinen mitgeteilt. Ebenso sei sein Fehlen am 14. August 1989 gerechtfertigt gewesen. Er habe an diesem Tage wegen großer Schmerzen seine Ärztin aufgesucht, die ihm erklärt habe, die Entscheidung des Vertrauensarztes sei nicht vertretbar, sie habe deshalb dagegen Widerspruch eingelegt. Sie habe ihm ausdrücklich bestätigt, seine Arbeitsunfähigkeit dauere fort, so daß auch eine Anzeige beim Arbeitgeber nicht erforderlich sei, da sie gegen die Entscheidung des Vertrauensarztes Widerspruch eingelegt habe. Zumindest im Rahmen der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, daß er tatsächlich krank gewesen sei und auf die Auskunft der Ärztin vertraut habe.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 14. August 1989 nicht aufgelöst worden sei, sondern fortbestehe.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat geltend gemacht, der Kläger habe am 21. Juli 1989 seine Arbeitsunfähigkeit nicht angekündigt. Sie habe trotz des Vergleiches damals von einer Kündigung abgesehen und den Kläger nur abgemahnt. Daß der Kläger jedoch am 14. August 1989 wiederum nicht zur Arbeit erschienen und dieses Nichterscheinen auch nicht bis 12.00 Uhr mitgeteilt habe, könne sie nicht hinnehmen.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung der Beklagten vom 14. August 1989 erst zum 3. September 1989 aufgelöst worden sei. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, das Verhalten des Klägers rechtfertige keine fristlose, sondern nur eine ordentliche Kündigung.

Die hiergegen nur vom Kläger im Umfang seines Unterliegens eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen abgewiesenen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, wie bereits im Berufungsverfahren, nur noch die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch die in dem Schreiben der Beklagten vom 14. August 1989 hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung zum 3. September 1989 beendet worden ist oder darüber hinaus fortbesteht. Gegen das arbeitsgerichtliche Urteil hat nur der Kläger im Umfang seines Unterliegens, d.h. soweit die gegen die vorsorgliche ordentliche Kündigung gerichtete Klage abgewiesen worden ist, Berufung eingelegt. Damit steht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum 3. September 1989 rechtskräftig fest.

II. Das Berufungsgericht hat die ordentliche Kündigung der Beklagten für sozial gerechtfertigt erachtet und dies im wesentlichen wie folgt begründet:

Der Kläger habe die Anzeigepflicht verletzt. Diese bestehe nicht nur im Fall einer Ersterkrankung, sondern auch dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit über das ursprünglich vorausgesehene Ende hinaus fortduere. Aus der Arbeitsordnung der Beklagten ergebe sich nichts anderes. Es sei unstrittig, daß der Kläger am 14. August 1989 die weitere Erkrankung nicht mitgeteilt habe. Ob die Ärztin ihm tatsächlich gesagt habe, eine erneute Anzeige an die

Beklagte sei nicht notwendig, bedürfe keiner weiteren Sachaufklärung. Auch wenn dieser Vortrag als wahr unterstellt werde, entlaste ihn dies nicht vom Vorwurf des Verschuldens. Er habe sich auf die Auskunft der Ärztin nicht verlassen dürfen. Dieser Pflichtverletzung seien auch mehrere Abmahnungen vorausgegangen. Außer der Abmahnung vom 4. April 1989 enthalte der Vergleich vom 17. Juli 1989 eine Selbstmahnung, die eine Abmahnung durch den Arbeitgeber überflüssig mache. Darüber hinaus sei auch die Abmahnung vom 21. Juli 1989 beachtlich und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie wegen des in ihr abgemahnten Vorfalls berechtigt gewesen sei oder nicht. Sie enthalte in jedem Fall aus einem konkreten Anlaß heraus die Ankündigung des Arbeitgebers, bei einem erneuten Fall wie dem von ihm angenommenen, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Im Rahmen der Interessenabwägung sei es erheblich, ob die Nichtanzeige der Fortdauer der Erkrankung zu nachteiligen Auswirkungen im Betrieb geführt habe. Im Streitfall sei dies entgegen der Ansicht des Klägers nicht ohne weiteres auszuschließen. Die Beklagte habe aufgrund der Mitteilung der AOK mit einer Arbeitsleistung des Klägers rechnen und entsprechende Dispositionen treffen können. Die Beklagte habe dazu nichts vorgetragen.

III. Diese Würdigung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Kläger pflichtwidrig und schuldhaft sein weiteres krankheitsbedingtes Fernbleiben von der Arbeit ab 14. August 1989 der Beklagten nicht mitgeteilt hat, und daß er wegen einer solchen Pflichtverletzung bereits vorher mehrfach abgemahnt worden war.

a) Der Kläger hat der Beklagten unstreitig sein weiteres krankheitsbedingtes Fernbleiben von der Arbeit ab 14. August 1989 nicht mitgeteilt. Damit hat er die ihm nach § 20 Nr. 1 der Arbeitsordnung der Beklagten obliegende Anzeigepflicht verletzt. Fehlt eine entsprechende Regelung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, so ist der Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 1 Satz 1 LohnFG verpflichtet, unabhängig von der dort weiter normierten Nachweispflicht die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen (Senatsurteil vom 31. August 1989 - 2 AZR 13/89 - AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Diese Anzeigepflicht betrifft nicht nur den Fall der Ersterkrankung, sondern ebenso den Fall, daß eine Erkrankung über die mitgeteilte voraussichtliche Dauer hinaus weiter anhält. § 3 Abs. 1 Satz 1 LohnFG ist nicht dahin zu verstehen, daß nur die Ersterkrankung und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen sind (BAG Urteil vom 7. Dezember 1988 - 7 AZR 122/88 - EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 26, zu II 2 c der Gründe, ebenso für die sinngleiche Bestimmung des § 20 Abs. 3 Satz 1 MTL II). Zutreffend hat das Berufungsgericht in § 20 Nr. 1 der Arbeitsordnung der Beklagten im Hinblick auf den Zusammenhang mit Nr. 2 dieser Vorschrift und die Interessenlage eine dem Gesetz inhaltsgleiche Regelung der Anzeigepflicht gesehen. Hiergegen erhebt die Revision auch keine Einwendungen.

b) Der Kläger hat diese Anzeigepflicht schuldhaft verletzt, wie das Berufungsgericht ebenfalls in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen hat. Seine Ausführungen zu diesem

Punkt unterliegen nur einer eingeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Es hat jedoch alle für ein Verschulden wesentlichen Umstände berücksichtigt. Die Behauptung des Klägers, er habe wegen des Hinweises der Ärztin die Mitteilung unterlassen, konnte es als richtig unterstellen, weil es auch dann ein Verschulden des Klägers nicht für ausgeschlossen erachten durfte.

c) Der Kläger ist wegen der Verletzung der Anzeigepflicht vorher wirksam abgemahnt worden. Hierfür reicht bereits die Abmahnung vom 4. April 1989 und die als Selbstmahnung anzusehende Vereinbarung unter Ziffer 3 des Prozeßvergleichs vom 17. Juli 1989 aus. Auf die Berechtigung der Abmahnung vom 21. Juli 1989 kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Die entsprechenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil begegnen deshalb jedenfalls im Ergebnis keinen rechtlichen Bedenken.

2. Diese schuldhaftige Verletzung der Meldepflicht trotz vorheriger Abmahnungen hat das Berufungsgericht zu Recht als einen nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung an sich geeigneten Grund angesehen (BAG Urteil vom 7. Dezember 1988, aaO, zu II 2 d der Gründe; Senatsurteil vom 31. August 1989, aaO, zu II 1 a der Gründe).

3. Der auch im Rahmen der verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung und der Prüfung ihrer sozialen Rechtfertigung gebotenen Interessenabwägung des Berufungsgericht kann jedoch nicht in allen Punkten gefolgt werden.

a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, in diesem Zusammenhang sei erheblich, ob die Nichtanzeige der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit zu nachteiligen Auswirkungen auf den Betrieb geführt habe, etwa durch Störung der vom Arbeitgeber zum Arbeitseinsatz getroffenen Dispositionen. Im Regelfall werde das Fehlen derart konkreter Auswirkungen des Vertragsverstoßes die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausschlagen lassen. Im Streitfall sei jedoch nicht ohne weiteres anzunehmen, daß mit Rücksicht auf das langanhaltende krankheitsbedingte Fehlen des Klägers (seit 2. März 1989 mit Ausnahme des 20. Juli, am 14. August 1989 somit mehr als fünf Monate) für den Betrieb nachteilige Folgen der Nichtanzeige ausgeschlossen seien. Jedenfalls habe die Beklagte aufgrund der Mitteilung der AOK mit einer Arbeitsleistung des Klägers rechnen und entsprechende Dispositionen treffen können. Hierzu habe sie aber nichts näheres vorgetragen.

Zugunsten des Klägers könnten weder höheres Lebensalter und damit größere Schwierigkeiten am Arbeitsmarkt noch Unterhaltspflichten noch eine langjährige unbeanstandete Betriebszugehörigkeit berücksichtigt werden. Zu seinen Lasten wirke sich jedoch aus, daß er in letzter Zeit mehrfache Abmahnungen unbeachtet gelassen habe. Insbesondere aus der aus seiner Sicht unberechtigten Abmahnung vom 21. Juli 1989 habe ihm deutlich sein müssen, daß die Beklagte im betrieblichen Interesse auf der Erfüllung der Meldepflicht bestehe. Wenn er sich dann, wie er vortrage, auf die Auskunft seiner Ärztin hin am 14. August 1989 nicht gemeldet habe, habe er sich leichtfertig über die berechtigten Interessen der Beklagten hinweggesetzt. Sie müsse besorgen, daß er bei einer Fortdauer des Arbeitsverhältnisses weiterhin der Meldepflichten

nicht nachkommen werden und deshalb ihre Dispositionen über den Einsatz der Arbeitnehmer gestört würden.

b) Das Berufungsgericht ist mithin davon ausgegangen, die Beklagte habe mit einer Arbeitsleistung des Klägers (ab 14. August 1989) rechnen und entsprechende Dispositionen treffen können, nicht dagegen, daß sie entsprechende Maßnahmen auch tatsächlich getroffen habe. Denn es hat ausdrücklich festgestellt, die Beklagte habe hierzu nichts näheres vorgetragen. Diese Feststellung ist für das Revisionsgericht bindend (§ 561 Abs. 1 ZPO).

Nach Ansicht des Berufungsgerichts reicht somit die bloße Verletzung der Anzeigepflicht nur im Regelfall zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung nicht aus. In Ausnahmefällen soll dagegen eine bloße Gefährdung der Arbeitgeberinteressen genügen. Eine solche Ausnahme hält es im vorliegenden Fall für gegeben, weil die Beklagte besorgen müsse, daß bei einer Fortdauer des Arbeitsverhältnisses der Kläger weiterhin der Anzeigepflicht nicht nachkommen werde und deshalb ihre Dispositionen über den Einsatz der Arbeitnehmer gestört würden.

c) Mit dieser Würdigung ist das Berufungsgericht, wie die Revision insoweit zu Recht rügt, von dem Urteil des Siebten Senats vom 7. Dezember 1988 abgewichen. Dort ist ausgeführt (aaO, zu II 3 der Gründe), im Rahmen der Interessenabwägung sei erheblich, ob es neben der Nichterfüllung der vertraglichen Nebenpflicht auch noch zu nachteiligen Auswirkungen im Bereich des Arbeitgebers gekommen sei. Auch in diesem Bereich liege eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses nicht schon dann vor,

wenn der Arbeitsablauf, dessen Organisation oder der Betriebsfrieden abstrakt oder konkret gefährdet seien, sondern nur dann, wenn es insoweit auch zu einer Störung gekommen sei. Dies habe der Zweite Senat für den Fall der Interessenabwägung bei der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung erkannt. Der erkennende Senat schließe sich dieser Auffassung für den Fall der ordentlichen, verhaltensbedingten Kündigung an, wenn sie auf die Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht zur unverzüglichen Mitteilung der (Fort-) Dauer der Arbeitsunfähigkeit gestützt werde. Denn die Interessenlage sei in beiden Fällen durchaus vergleichbar: Die bloße Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht vermöge eine Kündigung dann nicht sozial zu rechtfertigen, wenn sie zwar eingetreten, aber ohne Folgen geblieben sei. Dabei sei für den Fall der nicht rechtzeitigen Mitteilung der (Fort-) Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit allerdings nicht darauf abzustellen, ob zu erledigende Arbeiten liegengeblieben seien oder ob einem anderen Arbeitnehmer etwa beantragter oder bewilligter Urlaub nicht habe gewährt werden können, damit Arbeiten nicht liegenblieben, sondern darauf, inwieweit es tatsächlich zur Störung der Disposition des Arbeitgebers über den Einsatz von Arbeitern im Rahmen zu erledigender Arbeiten gekommen sei.

Danach vermag die bloße Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht eine Kündigung dann nicht sozial zu rechtfertigen, wenn sie ohne die geschilderten Folgen geblieben ist, während dies nach Meinung des Berufungsgerichts nur im Regelfall anzunehmen ist, in Ausnahmefällen auch, wie ausgeführt, eine bloße Gefährdung der Arbeitgeberinteressen genügt.

d) Der erkennende Senat vermag jedoch ebenfalls der Ansicht des Siebten Senats nicht zu folgen, soweit er neben der schuldhaften Verletzung der Nebenpflicht stets weiter auch eine konkrete Störung des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsorganisation zur Voraussetzung für einen verhaltensbedingten Grund macht. Einer Anfrage oder Vorlage an den Großen Senat bedarf es insoweit nicht, weil der Siebte Senat für Kündigungsstreitigkeiten nach Abschnitt A 7.1.1 des Geschäftsverteilungsplans vom 10. Juli 1991 nicht mehr zuständig ist.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. zuletzt Urteil vom 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen, m.w.N.) liegt ein die Kündigung rechtfertigender Grund vor, wenn es um das Verhalten eines Arbeitnehmers geht, durch das das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird; eine solche Beeinträchtigung kann sich auch auf den Leistungsbereich beziehen. Wie der erkennende Senat jedoch schon in dem Urteil vom 17. März 1988 (BAGE 58, 37 = AP Nr. 99 zu § 626 BGB) eingehend dargelegt und in dem Urteil vom 17. Januar 1991 (aaO) nochmals verdeutlicht hat, liegt eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses bereits in der Nichterbringung der vertraglich geschuldeten Leistung, in den dort entschiedenen Fällen in der Nichterfüllung der Pflicht zur Leistung der vereinbarten Dienste (§ 611 Abs. 1 BGB) durch Fernbleiben von der Arbeit. Kommt der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht im vertraglichen Umfang nicht

nach, wirkt sich das unmittelbar auf die Störung des Arbeitsverhältnisses im Leistungsbereich und als Beeinträchtigung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung (Äquivalenzstörung) aus. Ob die Fehlzeiten des Arbeitnehmers sich über diese Störung hinaus auch noch konkret nachteilig auf den Betriebsablauf oder den Betriebsfrieden ausgewirkt haben, ist nicht für die Eignung als Kündigungsgrund, sondern nur für die im Rahmen der Interessenabwägung wesentlichen weiteren Auswirkungen der Pflichtverletzung erheblich. Solche konkrete Störungen sind somit nicht unabdingbare Voraussetzung für die soziale Rechtfertigung der Kündigung, ihnen kommt vielmehr nur ein neben dem Vertragsverstoß zusätzlich belastendes Gewicht zu (vgl. Senatsurteil vom 17. Januar 1991, aaO, zu II 2 a und 3 a bb der Gründe). Danach kann nach den Umständen des Einzelfalles bereits die Nichterfüllung der Vertragspflicht - in den dortigen Fällen der Arbeitspflicht - eine Kündigung sozial rechtfertigen. Das gilt im Grundsatz ebenso für die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten, deren Eignung als verhaltensbedingter Grund nicht davon abhängt, ob konkrete Störungen des Betriebsablaufs vorliegen sondern davon, ob sie die Interessen des Vertragspartners beeinträchtigen oder ob sie für die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses belanglos sind.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß schon der (schuldhafte) Verstoß gegen die vertragliche Meldepflicht regelmäßig eine Störung des Arbeitsverhältnisses im Leistungsbereich darstellt. Zwar ist nur eine vertragliche Nebenpflicht verletzt, auch hierdurch ist jedoch das Arbeitsverhältnis bereits unmittelbar gestört und damit ein zur Rechtfertigung der Kündigung geeigneter Grund gegeben (so bereits Urteil des Senats vom 31. August

1989, aa0). Ob hierdurch noch Betriebsablaufstörungen verursacht worden sind, ist nur ein für die Interessenabwägung erheblicher Umstand. Nach dem Urteil des Siebten Senats vom 7. Dezember 1988 (aa0) sind Betriebsstörungen dagegen im Ergebnis bereits unabdingbare Voraussetzung für die Eignung als verhaltensbedingter Grund. Zwar ist dazu zunächst ausgeführt (zu II 2 d der Gründe), der Verstoß gegen die vertragliche Nebenpflicht sei im Prinzip geeignet, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen. Anschließend (zu II 3 der Gründe) heißt es jedoch, die bloße Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht vermöge eine Kündigung dann nicht sozial zu rechtfertigen, wenn sie "ohne Folgen" geblieben, es also zu keiner tatsächlichen Störung der Disposition des Arbeitgebers über den Einsatz von Arbeitern im Rahmen zu erledigender Arbeiten gekommen sei.

bb) Auf das Erfordernis der konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses als Voraussetzung für die Eignung eines Verhaltens des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund ist in der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts deswegen abgestellt worden, um ein kündigungsrechtlich erhebliches Fehlverhalten eines Arbeitnehmers von anderen Verhaltensweisen, insbesondere im außerdienstlichen Bereich, abzugrenzen (vgl. Hillebrecht, ZfA 1991, 87, 119).

Hiergegen gibt neuerdings Preis (DB 1990, 630, 632; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Aufl., Rz 706, 680) zu bedenken, mit dieser Formel werde allenfalls erreicht, daß das außerdienstliche Verhalten mit dienstlichen Verhaltensweisen auf eine Stufe gestellt werde. Kündi-

gungsbegrenzende Wirkung habe diese Formel nicht, weil mit ihr - theoretisch - jedes Verhalten des Arbeitnehmers, das auch nur gedanklich mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung gebracht werden könne, als kündigungsrelevant interpretationsfähig sei. Die bloße "Berührung" bedeute noch keine kündigungsrechtliche Beeinträchtigung des Vertrages. Der verhaltensbedingte Kündigungsgrund müsse deshalb auf vertragswidrige Verhaltensweisen des Arbeitnehmers beschränkt werden. Anders sei eine Abgrenzung zur personen- und verhaltensbedingten Kündigung nicht möglich (so auch Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 84). Eine verhaltensbedingte Kündigung liege mithin nur bei einem vertragsbezogenen Verhalten des Arbeitnehmers vor, das zu einer Vertragspflichtverletzung führe. Ließen nicht vertragswidrige Verhaltensweisen des Arbeitnehmers dessen Fähigkeit oder Eignung zur Erbringung der Dienstleistung entfallen, komme nur eine personenbedingte Kündigung in Betracht (z. B. hohe Verschuldung bei Kassierern und Vermögensverwaltern). Damit werde bei der verhaltensbedingten Kündigung die Bestimmung des Inhalts vertraglicher Nebenpflichten zur Hauptfrage.

Auch nach dieser Systematisierung der verhaltensbedingten Kündigung liegt im vorliegenden Fall ein zur Kündigung an sich geeigneter Grund vor, da feststeht, daß der Kläger eine vertragliche Nebenpflicht schuldhaft verletzt hat. Es bedarf deshalb vorliegend noch keiner grundlegenden Auseinandersetzung mit dieser Kritik an der bisherigen Rechtsprechung und der Prüfung, ob es insoweit nicht nur um Auswechslung von sachlichen Abgrenzungskriterien geht, die sich als Ergebnisse der Berührungstheorie "nur in der Begründung nicht aber im Ergebnis auswirken".

e) Die Würdigung des Berufungsgerichts hält aus folgenden Gründen der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand:

aa) Das Landesarbeitsgericht hat hinsichtlich der erst für die Interessenabwägung erheblichen weiteren Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses zu Unrecht der konkreten Störung des Betriebsablaufs "ausnahmsweise" die reine Gefährdung der Arbeitgeberinteressen gleichgestellt. Insoweit hält der Senat an seiner neueren Rechtsprechung fest, nach der keine "abstrakte oder konkrete Gefährdung, sondern nur eine konkrete Störung des Betriebsablaufes" erheblich ist (Urteile vom 17. März 1988 und 17. Januar 1991, aaO).

bb) Das Berufungsgericht hat jedoch zugleich folgende Umstände nicht berücksichtigt, die für die Interessenabwägung wesentlich sind:

Auch im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung gilt das Prognoseprinzip. Der Kündigungszweck ist zukunftsbezogen ausgerichtet, weil mit der verhaltensbedingten Kündigung das Risiko weiterer Vertragsverletzungen ausgeschlossen werden soll. Entscheidend ist, ob eine Wiederholungsgefahr besteht oder ob das vergangene Ereignis sich auch künftig weiter belastend auswirkt (Senatsurteile vom 10. November 1988 - 2 AZR 215/88 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung, zu II 2 d bb der Gründe und vom 17. Januar 1991, aaO, zu II 2 c der Gründe, jeweils m. w. N.; Stahlhacke/Preis, aaO, Rz 690).

Danach sind im vorliegenden Fall zwei Umstände von Bedeutung, die das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt hat:

Das Berufungsgericht hat zwar zu Recht ein Verschulden des Klägers an der Verletzung der Meldepflicht angenommen. Im Rahmen der Interessenabwägung ist jedoch auch der Grad des Verschuldens von Bedeutung. Je höher er ist, desto größer ist auch die Wiederholungsgefahr. Deshalb ist erheblich, ob die Hausärztin dem Kläger mitgeteilt hat, er brauche den Fortbestand der Arbeitsunfähigkeit der Beklagten nicht mitzuteilen. Wenn das zutrifft, wird dem Kläger jedenfalls keine vorsätzliche oder grob fahrlässige Versäumung der Anzeigepflicht anzulasten sein. Dieser Vortrag des Klägers ist, wie im Berufungsurteil ausdrücklich und damit nach § 561 Abs. 1 ZPO für den Senat bindend festgestellt worden ist, von der Beklagten bestritten worden.

Für die Prognose ist weiter erheblich, ob der Kläger bereits am 21. Juli 1989 seine Meldepflicht verletzt hat. Für die Frage, ob die Verletzung der Meldepflicht am 14. August 1989 als Kündigungsgrund geeignet ist, konnte dies und damit die Berechtigung der Abmahnung vom 21. Juli 1989 offen bleiben, weil bereits vorher Abmahnungen ausgesprochen waren. Für die Intensität dieser Pflichtverletzung ist dies jedoch bedeutsam. Hatte sich der Kläger am 21. Juli 1989 entschuldigt, so hatte er damit zunächst seine Bereitschaft erkennen lassen, seiner im Prozeßvergleich bekräftigten Meldepflicht nachkommen zu wollen. Die Pflichtverletzung vom 14. August 1989 erscheint dann in anderem Licht, insbesondere wenn die Ärztin eine Meldung für überflüssig erachtete.

Hatte der Kläger dagegen bereits am 21. Juli seine Meldepflicht verletzt, spricht dies für eine Beharrlichkeit, dieser Pflicht auch in Zukunft nicht nachzukommen, und damit eher für eine Wiederholungsgefahr.

IV. Der Rechtsstreit muß deshalb zurückverwiesen werden, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die zu einer abschließenden Interessenabwägung noch erforderlichen Feststellungen zu treffen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Rost

Thieß

Brocksiepe