

Kündigung: Auch Kleinbetrieb darf nicht willkürlich entlassen

Auch wenn ein Arbeitgeber nicht mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt, darf er Mitarbeiter nicht willkürlich entlassen. Es ist aber nicht so, dass ein Angestellter automatisch Kündigungsschutz hat, weil er bereits Jahrzehnte beschäftigt ist. Er muss ggf. nachweisen, dass der Arbeitgeber ihn treuwidrig entlassen hat. (Was hier nicht gelang, da sich Kunden über den Mitarbeiter mehrfach beschwert hatten.)

Quelle: Wolfgang Büser

Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung; Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben in Bezug auf Sozialwidrigkeit einer verhaltensbedingten Kündigung; Abgestufte Darlegungslast und Beweislast; Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetz in Kleinbetrieben; Erforderlichkeit einer Abmahnung bei Leistungsmängel des Arbeitnehmers

Gericht: BAG

Datum: 28.08.2003

Aktenzeichen: 2 AZR 333/02

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2003, 10546

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Wetzlar - 23.10.2001 - AZ: 1 Ca 336/01

LAG Hessen - 04.03.2002 - AZ: 16 Sa 1785/01

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 2 KSchG

§ 242 BGB

Fundstellen:

ARST 2004, 139

AuA 2004, 45-46 (Volltext mit amtl. LS)

AuR 2004, 117 (Kurzinformation)

BuW 2004, 351-352

EzA-SD 25/2003, 8-10

NWB 2004, 287

NZA 2004, 1296 (red. Leitsatz)

SAE 2004, 163

schnellbrief 2004, 4

Redaktioneller Leitsatz:

Eine Kündigung verstößt in der Regel nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Arbeitnehmer sollen vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen geschützt werden. Der Vorwurf willkürlicher, sachfremder oder diskriminierender Ausübung des Kündigungsrechts scheidet dagegen aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliegt. Auch ein stillschweigender Vertragsschluss setzt Angebot und Annahme voraus. Bloßes Schweigen ist idR nicht als Willenserklärung zu werten. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer. Das Erfordernis einer vergeblichen Abmahnung ist im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

In dem Rechtsstreit
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. August 2003
durch
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie
den ehrenamtlichen Richter Bühler und
die ehrenamtliche Richterin Pitsch
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 4. März 2002 -16 Sa 1785/01 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung.
- 2 Der 54 Jahre alte Kläger ist verheiratet und Vater von zwei schulpflichtigen Kindern. Er trat im Jahre 1976 in die Dienste der Beklagten, die ein zahntechnisches Labor betreibt und im Zeitpunkt der Kündigung neben dem Kläger noch eine Arbeitnehmerin beschäftigte. Der Kläger erhielt als Zahntechniker eine monatliche Bruttovergütung von zuletzt 3.300,00 DM.
- 3 Mit Schreiben vom 27. März 2001 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum Kläger fristgerecht zum 31. Oktober 2001, ohne im Kündigungsschreiben Gründe für ihren Schritt anzuführen.
- 4 Mit seiner Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht. Er ist der Auffassung, angesichts seiner langen Beschäftigungszeit müsse das Kündigungsschutzgesetz für ihn gelten. Jedenfalls sei die Kündigung treuwidrig (§ 242 BGB). Die Beklagte habe es an einer Sozialauswahl fehlen lassen. Verhaltensbedingte Gründe lägen nicht vor. Er habe immer korrekt gearbeitet. Gegenteiliger Vortrag der Beklagten sei unsubstantiiert und außerdem falsch. Die Beklagte habe auch keine Abmahnung ausgesprochen. Der Beklagten müsse eine verwerfliche Motivation unterstellt werden, wenn sie einem 54-jährigen Arbeitnehmer in seiner familiären und sozialen Lage nach so langen Jahren ordnungsgemäßer Leistungen kündige.
- 5 Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 27. März 2001 nicht aufgelöst worden ist.
- 6

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und behauptet, die Leistungen des Klägers hätten ab dem Jahre 2000 nachgelassen. Wiederholt sei es zu Reklamationen gekommen. Der Zahnarzt F habe schon im Jahre 2000 und nach weiteren Fehlleistungen im März 2001 definitiv erklärt, er werde der Beklagten nur dann weitere Aufträge erteilen, wenn sie zusichere, dass der Kläger nicht mit der Bearbeitung betraut werde. Ab Dezember 2000 sei der Kläger darauf hingewiesen worden, man könne ihn nicht weiterbeschäftigen, wenn er nicht bereit sei, sich fehlende Techniken zuzulegen und seine Arbeiten sorgfältiger auszuführen. Der Kläger habe darauf regelmäßig erwidert, er wolle sowieso nicht mehr arbeiten, die Beklagte solle ihm eine Abfindung zahlen. Bei einer Arbeit für den Zahnarzt K im März 2001 habe der Kläger eine Verblendkrone statt einer Vollgusskrone hergestellt und damit Ausschuss produziert. Als er sich unmittelbar danach geweigert habe, eine Krone zu löten, weil der Zahnarzt keine Ahnung habe, sei ihr nichts übrig geblieben als zu kündigen.

- 7 Das Arbeitsgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme über die Behauptungen der Beklagten abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Feststellungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

- 8 Die Revision ist unbegründet.

9 **A.**

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei wirksam. Die Kündigung verstoße bei Zugrundelegung der vom Senat zur Kündigung im Kleinbetrieb aufgestellten Grundsätze nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Ein solcher Verstoß liege nicht darin, dass die Kündigung keine Begründung enthalte. Selbst wenn man davon ausgehe, der Kläger habe sich nach den Regeln der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zunächst auf den Vortrag beschränken dürfen, seine Auswahl sei zu Unrecht erfolgt, so habe doch die Beklagte wegen Schlechtleistungen und damit nicht willkürlich gekündigt. Prozessual wäre es deshalb am Kläger gewesen, das Gegenteil zu beweisen. Daran fehle es. Einer vorherigen Abmahnung bedürfe es bei einer Kündigung außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes regelmäßig nicht. Schließlich könne sich der Kläger auch nicht auf ein durch die lange Beschäftigung erdientes Vertrauen berufen. Die Beklagte habe mit der Kündigung nicht auf eine einmalige Fehlleistung, sondern auf ein sich länger hinziehendes Verhalten reagiert.

- 10 Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit der Kündigung habe der Kläger nicht vorgetragen.

11 **B.**

Dem folgt der Senat. Die Kündigung ist wirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf der Kündigungsfrist aufgelöst.

12 **I.**

Entgegen der Auffassung der Revision ist die Kündigung nicht bereits deshalb unwirksam, weil dem Kläger mit der Kündigungserklärung keine Kündigungsgründe mitgeteilt worden sind. Das hat das Landesarbeitsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (21. Februar 2001 -2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92) zu Recht ausgeführt.

13 **II.**

Die Kündigung ist nicht sozialwidrig i.S.d.. § 1 Abs. 2 KSchG . Die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes finden auf das Arbeitsverhältnis nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG keine Anwendung. Die Beklagte beschäftigt nicht mehr als fünf Arbeitnehmer. Soweit die Revision geltend machen will, das durch lange Beschäftigung erworbene Vertrauen des Klägers

müsse zur unmittelbaren Anwendung der Kündigungsschutzvorschriften führen, findet diese Annahme im Gesetz keine Stütze.

14 III.

Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung verstoße nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

15 1.

Der in § 242 BGB niedergelegte Grundsatz von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Eine gegen diesen Grundsatz verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist wegen der darin liegenden Rechtsüberschreitung unzulässig.

16 a)

Die Vorschrift des § 242 BGB ist auf Kündigungen neben § 1 KSchG nur in beschränktem Umfang anwendbar. Das Kündigungsschutzgesetz hat die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert und abschließend geregelt, soweit es um den Bestandsschutz und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes geht. Eine Kündigung verstößt deshalb in der Regel nur dann gegen § 242 BGB , wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind.

17 b)

Es geht vor allem darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, z.B. vor Diskriminierungen iSv. Art. 3 Abs. 3 GG (BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 -BVerfG E 97, 169). Schließlich darf auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben (BAG 21. Februar 2001 -2 AZR 579/99 - BAGE 97, 141 [BAG 21.02.2001 - 2 AZR 579/99] ; 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92; vgl. Kittner NZA 1998, 731; Gragert/Kreutzfeldt NZA 1998, 567). Der Vorwurf willkürlicher, sachfremder oder diskriminierender Ausübung des Kündigungsrechts scheidet dagegen aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliegt (vgl. BAG 25. April 2001 -5 AZR 360/99 - AP BGB § 242 Kündigung Nr. 14 = EzA BGB § 242 Kündigung Nr. 4).

18 aa)

Die gebotene Berücksichtigung des durch langjährige Beschäftigung entstandenen Vertrauens erfordert, dass der Grund für Kündigungen gegenüber langjährig beschäftigten Arbeitnehmern auch angesichts der Betriebszugehörigkeit "einleuchten" muss. Es kann deshalb als treuwidrig zu werten sein, wenn der Arbeitgeber die Kündigung auf auch im Kleinbetrieb eindeutig nicht ins Gewicht fallende einmalige Fehler eines seit Jahrzehnten beanstandungsfrei beschäftigten Arbeitnehmers stützen will. Dagegen ist die Auffassung der Revision, allein die Betriebszugehörigkeit von fünfundzwanzig Jahren führe bereits zur Anwendung der nach dem Kündigungsschutzgesetz geltenden Maßstäbe, unzutreffend (vgl. auch BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 579/99 -BAGE 97, 141 [BAG 21.02.2001 - 2 AZR 579/99]).

19 bb)

Soweit die Auffassung der Revision im Schrifttum geteilt wird, wird sie darauf gestützt (Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler KSchR 5. Aufl. § 242 BGB Rn. 36), nach etwa drei oder fünf Jahren sei davon auszugehen, die Vertragspartner im Kleinbetrieb hätten sich auf die Anwendung der Bewertungsmaßstäbe des Kündigungsschutzgesetzes stillschweigend geeinigt.

20 cc)

Das ist nicht überzeugend. Auch ein stillschweigender Vertragsschluss setzt Angebot und Annahme voraus. Bloßes Schweigen ist idR nicht als Willenserklärung zu werten (BAG 18. September 2001 - 9 AZR 307/00 - AP BGB §611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 37 = EzA BGB §611 Mehrarbeit Nr. 9). Vor allem, wenn der stillschweigende Vertragsschluss eine Verschlechterung der Rechtsposition eines Vertragspartners bedeuten würde, kann sein Schweigen nicht ohne weiteres als auf Zustimmung gerichtete Willenserklärung gewertet werden (vgl. BAG 18. September 2001 - 9 AZR 307/00 -a.a.O.; 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38). Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber im Kleinbetrieb dem Arbeitnehmer regelmäßig nach drei oder fünf Jahren eine einzelvertragliche Abmachung des hier in Rede stehenden Inhaltes stillschweigend anböte oder ein etwaiges stillschweigendes Angebot des Arbeitnehmers ebenso stillschweigend annähme, sind umso weniger ersichtlich, als eine solche Vertragsänderung dem Arbeitgeber in erheblichem Maße Rechtsnachteile eintrüge. Die von der Revision vertretene Auffassung lässt die Gegenläufigkeit der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer außer Acht und setzt an ihre Stelle als fingierten Konsens der Parteien eine von den Gerichten zu respektierenden gesetzlichen Begrenzung des Kündigungsschutzes (BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 196 [BVerfG 27.01.1998 - 1 BvL 22/93]) nicht zu entnehmende rechtspolitische Wertvorstellung. Sie ersetzt damit den geäußerten Parteilwillen als Tatbestandsmerkmal des Vertrages durch eine Bewertung, von der angenommen wird, dass sich ihrer Vernunftgemäßheit niemand verschließen dürfe. Es ist aber Teil der Vertragsfreiheit, dass die Parteien ihre Interessen selbst definieren.

21 2.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer. Allerdings ist der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Arbeitnehmers auch im Prozessrecht zu gewährleisten. Deshalb gelten insoweit die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast (BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92). Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer nicht oder nicht nur einen Auswahlfehler des Arbeitgebers geltend macht, sondern die Kündigung nur oder auch aus anderen Gründen für treuwidrig hält. In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer, der die Gründe, die zu seiner Kündigung geführt haben, oft nicht kennt, nur einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Das ist beispielsweise der Fall, wenn aus dem Vorbringen des Klägers auf den ersten Blick ein schwerer Auswahlfehler erkennbar ist (BAG 6. Februar 2003 - 2 AZR 672/01 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 30, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Die Treuwidrigkeit kann sich aber auch aus anderen Gesichtspunkten ergeben. Der Arbeitgeber muss sich nach § 138 Abs. 2 ZPO qualifiziert auf den Vortrag des Arbeitnehmers einlassen, um ihn zu entkräften. Kommt er dieser sekundären Behauptungslast nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Trägt der Arbeitgeber hingegen die betrieblichen, persönlichen oder sonstigen Gründe vor, die den Vorwurf der Treuwidrigkeit ausschließen, so hat der Arbeitnehmer die Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit der Kündigung dennoch ergeben soll, zu beweisen (BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92m.w.N.).

22 3.

Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung verstoße nicht gegen Treu und Glauben, nicht zu beanstanden.

23 a)

Für die von der Revision vertretene Auffassung, die Kündigung sei zur Unzeit erfolgt, hat der Kläger keinerlei Tatsachen benannt.

24 b)

Ebenso wenig hat der Kläger den Vorwurf, er werde durch die Kündigung diskriminiert, irgendwie erläutert. Er führt nicht aus, wegen welcher Eigenschaft die Diskriminierung erfolgt sein soll.

25 c)

Das Landesarbeitsgericht hat zu Gunsten des Klägers unterstellt, er habe sich zunächst auf den Vortrag beschränken dürfen, die Beklagte habe statt seiner der erst seit zehn Jahren beschäftigten, vierzig Jahre alten Mitarbeiterin W kündigen müssen. Ob sich aus diesem Vorbringen tatsächlich ein evidenter Auswahlfehler ergibt, kann auf sich beruhen, da der Kläger den ihm obliegenden Beweis für Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit der Kündigung ergäbe, nicht geführt hat. Vielmehr hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis nicht ohne einen irgendwie einleuchtenden Grund, sondern deshalb gekündigt, weil das Leistungsverhalten des Klägers ihr hierzu Anlass gab. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben Kunden und Mitarbeiter der Beklagten dezidierte und wiederholte Beschwerden über die Leistungen des Klägers angebracht. Es handelte sich nicht um marginale einmalige Fehler. Vielmehr handelte es sich um eine Kette von Fehlleistungen, die im Jahre 2000 begannen, sich wiederholten und zu den Betrieb der Beklagten beeinträchtigenden Auseinandersetzungen führten. Sie fallen auch bei Berücksichtigung der langjährigen Beschäftigung ins Gewicht.

26 d)

Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts greift die Revision ohne Erfolg an. Das Landesarbeitsgericht hat sie auf Grund der vom Arbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme und auf Grund weiterer, als unstreitig angesehener Behauptungen der Beklagten getroffen.

27 aa)

Allerdings entsprach die vom Arbeitsgericht durchgeführte Beweisaufnahme nicht den oben erwähnten Regeln der abgestuften Darlegungslast bei Kündigungen im Kleinbetrieb. Da den Arbeitnehmer die Beweislast für die von ihm geltend gemachte Treuwidrigkeit der Kündigung trifft, muss, wenn der Arbeitgeber Tatsachen vorträgt, die die Treuwidrigkeit ausschließen, der Arbeitnehmer Gegenteilssachen vortragen oder zumindest die vom Arbeitgeber behaupteten Tatsachen substantiiert bestreiten und für die Gegenteilssachen und für sein Bestreiten selbst Beweise anbieten. Diese Beweise sind dann zu erheben, nicht aber sind, wie hier durch das Arbeitsgericht geschehen, die vom Arbeitgeber benannten Zeugen zu vernehmen (ebenso LAG Düsseldorf 8. Oktober 2002 - 8 Sa 914/02 -). Dies hat das Landesarbeitsgericht ebenso gesehen, denn es leitet seine Würdigung des tatsächlichen Geschehens mit der Bewertung ein, der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis nicht geführt. Dass das Landesarbeitsgericht dabei die vom Arbeitsgericht unter Verkenning der Beweislast gewonnenen Tatsachenfeststellungen berücksichtigt, ist nicht zu beanstanden. Denn die vom Berufungsgericht getroffene Tatsachenfeststellung ist nicht allein deshalb rechtsfehlerhaft, weil sie auf dem Ergebnis einer Beweisaufnahme beruht, der ihrerseits ein die Beweislast verkennender Beweisbeschluss zu Grunde liegt (BAG 7. November 2002 -2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50; Zöller/Greger ZPO 23. Aufl. § 286 Rn. 3).

28 bb)

Die von der Revision gegen die einzelnen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts vorgebrachten Angriffe können keinen Erfolg haben.

29 (1)

Soweit der Kläger rügt, das Landesarbeitsgericht habe die vom Kläger vorgelegte schriftliche Erklärung des Dr. S unberücksichtigt gelassen, übersieht sie, dass diese Erklärung lediglich die Zeit bis 1999 betrifft. Die Beklagte hatte jedoch Leistungsmängel für die Zeit ab 2000 zum Anlass für die Kündigung genommen.

30 (2)

Ohne Erfolg rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe den vom Kläger benannten Zeugen Dr. W vernehmen müssen. Der Kläger macht zwar insoweit geltend, das Landesarbeitsgericht hätte durch Vernehmung des Zeugen Dr. W festgestellt, dass die Leistungen des Klägers ordnungsgemäß und zur vollsten Zufriedenheit der Kunden erbracht worden seien. Die Revision übersieht aber, dass der Kläger den Zeugen Dr. W für diese - ohnehin allgemein gehaltene - Behauptung nicht benannt hatte.

31 (3)

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Tatsachenfeststellung verkannt, dass schon das Arbeitsgericht den Beweisantritten der Beklagten nicht habe nachgehen dürfen, weil der entsprechende Tatsachenvortrag zu pauschal gewesen sei, geht auch deshalb fehl, weil der Arbeitgeber nur so viel vortragen muss, dass der Vorwurf der Treuwidrigkeit ausscheidet. Berufet er sich auf Leistungsmängel, so muss er sein Vorbringen nicht im Ausmaß der kündigungsschutzrechtlichen Darlegungslast konkretisieren. Es reicht vielmehr aus, wenn sich aus seinem Vorbringen tatsächliche Anhaltspunkte für eine verständliche Unzufriedenheit plausibel ergeben. Ist dies nämlich der Fall, so diene die Kündigung der im Rahmen des Vertragszwecks liegenden und daher grundsätzlich freier Bestimmung durch die Vertragspartei überlassenen Interessenverfolgung. Ob das Vorbringen des Arbeitgebers ausreicht, unterliegt dem tatrichterlichen Beurteilungsspielraum (§ 286 ZPO), der hier ersichtlich nicht überschritten ist. Die Beklagte hatte für die Zeit ab Mai 2000 behauptet, der Kläger habe Kronen und Brücken unsauber gearbeitet, in einem Fall statt einer Vollgusskrone eine Verblendkrone gefertigt, Weiterbildung mit dem Bemerkten abgelehnt, er sei zu alt und lerne es sowieso nicht mehr, im März eine Teleskopkrone mit mangelhafter Kunststoffverblendung versehen und ebenfalls im März 2001 Lötarbeiten verweigert. Damit waren konkrete Beanstandungen angesprochen, die nach den Feststellungen der Vorinstanzen keineswegs aus der Luft gegriffen waren.

32 (4)

Entgegen der Auffassung der Revision überschreitet das Landesarbeitsgericht den tatrichterlichen Wertungsspielraum auch nicht dadurch, dass es den Vortrag der Beklagten zu einer Auftragsarbeit vom 20. März 2001 und zu vom Kläger verweigerten Lötarbeiten als nur pauschal bestritten und damit zugestanden würdigte. Denn der Kläger hatte insoweit ins Einzelne gehende Darlegungen der Beklagten lapidar als "abwegig" bezeichnet.

33 e)

- Ebenso wenig lässt sich ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) daraus ableiten, dass der streitigen Kündigung keine vergebliche Abmahnung mit dem Hinweis vorausging, der Kläger gefährde mit seinem Verhalten den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Das Erfordernis einer vergeblichen Abmahnung ist im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (vgl. BAG 10. November 1988 - 2 AZR 215/88 - AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 3 = EzA BGB §611 Abmahnung Nr. 18) und Bestandteil des Kündigungsgrundes (vgl. BAG 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78 - BAGE 34, 309, 322; KR-Fischermeier 6. Aufl. § 626 BGB Rn. 284 m.w.N.). Zutreffend - jedenfalls für den Zeitraum vor In-Kraft-Treten des § 314 BGB - hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insoweit nur im Rahmen des normierten Kündigungsschutzes Bedeutung zukommt (vgl. BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 579/99 -BAGE 97, 141 [BAG 21.02.2001 - 2 AZR 579/99] m.w.N.). Nur ausnahmsweise kann nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine vorherige vergebliche Abmahnung auch dann geboten sein, wenn sich der Arbeitgeber nämlich andernfalls mit der Kündigung in Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten setzen würde (vgl. BAG 29. Juli 1976 - 3 AZR 50/75 - AP KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 9). Daran fehlt es hier. Zwar scheint die Tätigkeit des Klägers über einen sehr langen Zeitraum beanstandungsfrei geblieben zu sein. Das Auftreten der Leistungsmängel mag auch mit geänderten personellen Konstellationen zu tun gehabt haben, ohne dass hierzu allerdings konkreter Sachvortrag vorläge. Jedoch hatte das

Leistungsverhalten des Klägers bereits seit längerem Anlass zu Gesprächen gebildet. Dem Kläger können demnach die Vorwürfe nicht neu gewesen sein. Er wurde von der Kündigung nicht überrascht. Vielmehr war die Kündigung der Abschluss einer seit Monaten fortschreitenden Entwicklung.

34 IV.

Ohne Erfolg rügt die Revision, die Kündigung sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam.

35 Der Kläger hat keine Umstände vorgetragen, die den schweren und nur in besonders krassen Fällen gerechtfertigten Vorwurf der Sittenwidrigkeit der Kündigung rechtfertigen könnten. Anhaltspunkte dafür, dass die von der Beklagten behaupteten Leistungsmängel vorgeschoben sind und die Kündigung in Wahrheit auf einem verwerflichen Motiv beruht, sind nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass der Kläger rund 25 Jahre bei der Beklagten beschäftigt war und angesichts seines Alters und seiner Unterhaltspflichten von der Kündigung hart getroffen wird, rechtfertigt es nicht, wie der Kläger aber meint, der Beklagten verwerfliche Motive zu "unterstellen". Vielmehr zeigt der Umstand, dass eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz auch gegenüber einem langjährig beschäftigten Arbeitnehmer vorschreitenden Alters trotz bestehender Unterhaltspflichten nicht ausgeschlossen ist, dass der Gesetzgeber die von der Revision befürwortete pauschale Unrechtswertung nicht teilt.

36 C.

Die Kosten der erfolglos gebliebenen Revision fallen dem Kläger nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.

Rost, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht
Eylert, Richter am Bundesarbeitsgericht
Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht
Bühler, ehrenamtlicher Richter
Pitsch, ehrenamtliche Richterin

Von Rechts wegen

Verkündet am 28. August 2003

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.