

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 609/00  
18 Sa 2191/99  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
15. November 2001

## URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15. November 2001 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl als Vorsitzenden, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Bepler, die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und Lenz für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 21. Juni 2000 - 18 Sa 2191/99 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

**Von Rechts wegen!**

### Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung.

Der am 26. Februar 1952 geborene, verheiratete Kläger ist bei der Beklagten in deren Auslieferungslager in B seit dem 20. Juni 1977 als Kraftfahrer und Lagerarbeiter zu einem monatlichen Bruttoentgelt von zuletzt ca. 4.800,00 DM beschäftigt. Die Beklagte beschäftigt insgesamt ca. 1.900 Arbeitnehmer, davon in ihrem Auslieferungslager B, von dem aus ihre Produkte an den Lebensmittelhandel ausgeliefert werden, ca. 20 Arbeitnehmer. Von 1994 bis 31. Mai 1998 war der Kläger Vorsitzender des in dem Auslieferungslager B gewählten Betriebsrats. Seit 1. Juni 1998 besteht dort kein Betriebsrat mehr.

Der betriebsübliche tägliche Arbeitsbeginn in Bochum war 5.00 Uhr morgens. Seit 1983 erhielt der Kläger insgesamt sieben schriftliche Abmahnungen wegen verspäteter Arbeitsaufnahme, und zwar mit Schreiben vom 9. Mai 1983, vom 26. November 1984, vom 3. August 1987, vom 21. Mai 1990, vom 13. Dezember 1995, vom 9. Oktober 1998 und vom 1. Februar 1999. Außerdem sprach die Beklagte wegen verspäteter Arbeitsaufnahme am 4. Oktober 1995 und am 17. Februar 1997 mündliche Ermahnungen aus.

Die letzten beiden Abmahnungen lauteten:

„09.10.1998

Abmahnung: Ihr Nichteinhalten der angeordneten Arbeitszeit

Sehr geehrter Herr M ,

Sie kamen in den letzten Monaten wie folgt zu spät:

07.08.98	5.40 Uhr
23.09.98	5.06 Uhr
25.09.98	6.20 Uhr
06.10.98	5.52 Uhr

Indem Sie sich nicht an den für Sie geltenden Arbeitsbeginn halten, verstoßen Sie in erheblichem Umfang gegen Ihre

Pflichten als Arbeitnehmer. Dies mißbilligen wir ganz entschieden.

Sie sind vielmehr verpflichtet, um 5.00 Uhr Ihre Arbeit aufzunehmen.

Bei der Wiederholung einer derartigen oder ähnlichen Pflichtverletzung, nämlich Nichteinhalten der angeordneten Arbeitszeit, müssen Sie mit einer Kündigung rechnen.

Wir hoffen in Zukunft auf Ihr pflichtgemäßes Verhalten.

Abmahnung: 1. Februar 1999

Ihr Nichteinhalten der angeordneten Arbeitszeit/Unpünktlichkeit

Sehr geehrter Herr M ,

Sie kamen an den folgenden Tagen zu spät zur Arbeit, und zwar am:

17. Dezember 1998	um 5.26 Uhr
18. Dezember 1998	um 5.39 Uhr
12. Januar 1999	um 6.13 Uhr
22. Januar 1999	um 7.09 Uhr
23. Januar 1999	um 5.31 Uhr

Indem Sie sich nicht an den für Sie geltenden Arbeitsbeginn halten - nämlich um 5.00 Uhr - verstoßen Sie in erheblichem Umfang gegen Ihre Pflichten als Arbeitnehmer. Dies mißbilligen wir ganz entschieden.

Wir dürfen Sie darauf hinweisen, daß wir Sie bezüglich dieser Pflichtverstöße schon mehrmals rügen und auch abmahnen mußten. Eine Wiederholung einer derartigen oder ähnlichen Pflichtverletzung wird für Sie ernsthafte Konsequenzen - nämlich die Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses - haben.

Wir müssen Sie dringendst darauf hinweisen, daß Sie endlich einen pünktlichen Arbeitsbeginn einhalten. Zu einem Dauerzustand wollen wir diese Pflichtverletzungen nicht werden lassen.

Dies ist unsere letztmalige Abmahnung; wir hoffen in Zukunft auf Ihr pflichtgemäßes Verhalten ...“

Die Abmahnung vom 1. Februar 1999 erhielt der Kläger am 4. Februar 1999. Nachdem der Kläger am 5. Februar 1999 um 5.10 Uhr und am 11. Februar 1999 um 5.53 Uhr wiederum verspätet zur Arbeit erschienen war, machte die Beklagte mit Schriftsatz vom 17. Februar 1999 beim Arbeitsgericht Bochum ein Beschlußverfahren anhängig mit dem Antrag, die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Klä-

gers als ehemaligem Betriebsratsmitglied zu ersetzen. Am 29. März 1999 kam der Kläger erneut zu spät und nahm seine Arbeit erst gegen 5.23 Uhr auf. Nachdem der Kläger in dem Beschlußverfahren mit Schriftsatz vom 29. April 1999 auf das Fehlen des Zustimmungserfordernisses bei der Kündigung eines ehemaligen Betriebsratsmitglieds hingewiesen hatte, nahm die Beklagte im Anhörungstermin vom 30. April 1999 ihren Antrag auf Zustimmungsersetzung zurück.

Mit Schreiben vom 8. Juni 1999 kündigte die Beklagte dem Kläger - nach Auslaufen des nachwirkenden Kündigungsschutzes als Betriebsratsmitglied - fristgemäß zum 31. März 2000.

Der Kläger hält die Kündigung für sozialwidrig. Er hat geltend gemacht, er habe sein Zuspätkommen jeweils mit nachvollziehbaren Gründen entschuldigt. Zu einer Verzögerung oder verspäteten Zustellung der Waren sei es in keinem Fall gekommen. Er habe an dem jeweiligen Tag stets seine Tour gefahren, ohne daß es zu Beschwerden seitens eines Kunden gekommen sei. Er sei zwar davon ausgegangen, daß es der Beklagten grundsätzlich nicht gefallen habe, wenn er unpünktlich gekommen sei. Er habe jedoch nicht damit rechnen müssen, daß tatsächlich wegen geringer Verspätungen am frühen Morgen eine Kündigung ausgesprochen würde, da sein Arbeitsergebnis immer in Ordnung gewesen sei.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die von der Beklagten mit Schreiben vom 8. Juni 1999 ausgesprochene Kündigung geendet hat,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn weiterhin zu den vertraglich vereinbarten Bedingungen als Kraftfahrer zu beschäftigen.

Die Beklagte hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, sie habe mit dem Kläger lange Zeit Geduld gehabt, weil er sich in Gesprächen immer wieder einsichtig gezeigt und Besserung gelobt habe. Dennoch habe der Kläger sein Fehlverhalten nicht abgestellt und sei auch nicht gewillt, dies zu tun. Es sei auch durchaus zu Störungen des Betriebsablaufes gekommen.

Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Lan-

desarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

### Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. März 2000 aufgelöst.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das wiederholte, schuldhaft verspätete Erscheinen des Klägers am Arbeitsplatz rechtfertige eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung. Dies gelte selbst dann, wenn man davon ausgehe, die vor dem 9. Oktober 1998 liegenden fünf Abmahnungen hätten durch Zeitablauf ihre Warn- und Androhungsfunktion verloren. Die den kündigungsrelevanten Abmahnungen vom 9. Oktober 1998 und vom 1. Februar 1999 zugrundeliegenden Pflichtverletzungen seien häufig (12 Verspätungen) und auch vom Umfang her erheblich (5 Minuten bis 23 Minuten) gewesen. Die vom Kläger vorgetragene Schlafstörung entschuldigte die verspätete Arbeitsaufnahme nicht, sondern zeigte, daß der Kläger dieses Problem nicht ernst genommen und nicht das ihm Zumutbare getan habe, um zuverlässig die Wiederholung von Verspätungen abzustellen. Auch bei der Interessenabwägung überwiege das Interesse der Beklagten, sich vom Kläger zu trennen. Zwar seien zu Gunsten des Klägers sein Alter, seine lange Betriebszugehörigkeit, die Unterhaltspflicht für seine Ehefrau und seine schlechten Erfolgsaussichten auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen. Im Zeitpunkt der Kündigung habe die Beklagte jedoch beim Kläger mit weiteren Verspätungen in ähnlichem Umfang und den damit verbundenen typischen Betriebsablaufstörungen, die der Kläger letztlich nicht bestreite, rechnen müssen. Schon aus betriebsdisziplinarischen Gründen habe die Beklagte ein solches Verhalten, wie es der Kläger in der Vergangenheit gezeigt habe, nicht mehr hinnehmen können.

II. Dem folgt der Senat im Ergebnis und weitgehend auch in der Begründung.

1. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf geprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung

des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob die Entscheidung in sich widerspruchsfrei ist (*st.Rspr. BAG, vgl. zB 27. Februar 1997 - 2 AZR 302/96 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 51 mwN*). Danach hält das Urteil des Landesarbeitsgerichts den Angriffen der Revision stand.

2. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht zunächst davon ausgegangen, daß das Verhalten des Klägers, nämlich sein wiederholt schuldhaft verspätetes Erscheinen im Betrieb trotz einschlägiger vorheriger Abmahnungen, als Verletzung der Arbeitspflicht eine fristgerechte Kündigung gemäß § 1 Abs. 1 und 2 Satz 1 KSchG an sich begründen kann. Dies steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*27. Februar 1997 aaO; 13. März 1987 - 7 AZR 601/85 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 18 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 5; 24. März 1988 - 2 AZR 680/87 - RzK I 5 i Nr. 35; 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - BAGE 67, 75*). Auch der Kläger bezweifelt dies im Grundsatz nicht.

3. Zu Unrecht rügt die Revision, die Beklagte habe mit der Kündigung gegen den ultima-ratio-Grundsatz verstoßen, denn der Kläger habe auf Grund der zahlreichen Abmahnungen im Kündigungszeitpunkt nicht mehr mit dem Verlust seines Arbeitsplatzes rechnen müssen.

a) Stellt man nur auf die letzten beiden Abmahnungen ab, so ist mit dem Landesarbeitsgericht davon auszugehen, daß der Kläger ausreichend gewarnt gewesen ist und seinen Arbeitsplatz aufs Spiel gesetzt hat, indem er einen Tag nach Zugang der letzten Abmahnung und noch während des laufenden Beschlußverfahrens erneut schuldhaft zu spät gekommen ist. Beide Abmahnungsschreiben ließen deutlich erkennen, daß die Beklagte nicht mehr gewillt war, die ständigen Verspätungen des Klägers weiter hinzunehmen. Die Abmahnung vom 1. Dezember 1999 war darüber hinaus ausdrücklich als „letztmalige Abmahnung“ gekennzeichnet.

b) Die Warnfunktion der beiden letzten Abmahnungen war im Kündigungszeitpunkt auch nicht dadurch völlig entwertet, daß der Kläger schon zuvor wegen häufiger Verspätungen fünf mal abgemahnt war, ohne daß eine Kündigung erfolgt ist. Der Kläger macht insoweit mit der Revision zu Unrecht geltend, spätestens ab der dritten Abmahnung habe er Konsequenzen für den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses auf

Grund seiner häufigen Verspätungen nicht mehr ernsthaft befürchten müssen; als Folge der von der Beklagten 15 Jahre lang betriebenen Abmahnungspraxis sei bei ihm der Eindruck entstanden die Verspätungen würden zwar mißbilligt, sie seien aber so wenig gravierend, daß die Beklagte sie noch als tragbar akzeptiere.

aa) Es trifft zwar zu, daß die Warnfunktion einer Abmahnung erheblich dadurch abgeschwächt werden kann, daß der Arbeitgeber bei ständig neuen Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers stets nur mit einer Kündigung droht, ohne jemals arbeitsrechtliche Konsequenzen folgen zu lassen (*Schaub NZA 1997, 1185, 1187; ErfK/Ascheid 2. Aufl. Rn. 369 KSchG § 1; KR-Fischermeier 5. Aufl. § 626 BGB Rn. 270; Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR 5. Aufl. Einleitung, Stichwort Abmahnung Rn. 145; Bekkerle/Schuster Die Abmahnung 4. Aufl. Rn. 135 ff.; Kleinebrink Abmahnung Rn. 484*). Eine Abmahnung kann nur dann die Funktion erfüllen, den Arbeitnehmer zu warnen, daß ihm bei der nächsten gleichartigen Pflichtverletzung die Kündigung droht, wenn der Arbeitnehmer diese Drohung ernst nehmen muß. Dies kann je nach den Umständen nicht mehr der Fall sein, wenn jahrelang die Kündigung stets nur angedroht, nicht jedoch ausgesprochen wird.

bb) Dies bedeutet jedoch nicht, wie die Revision offenbar meint, daß nach einer bestimmten Anzahl von Abmahnungen etwa wegen häufigen Zuspätkommens nunmehr bei weiteren Pflichtverletzungen dieser Art überhaupt nicht mehr gekündigt werden kann. Gerade bei für sich genommen geringfügigeren Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers mit hohem sozialen Besitzstand befindet sich der Arbeitgeber in einem Konflikt. Er muß damit rechnen, daß möglicherweise eine einzige Abmahnung nicht ausreicht, den Arbeitnehmer hinreichend zu warnen, daß er bei weiteren gleichartigen Pflichtverletzungen seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt. Sind jedoch mehrere Abmahnungen erforderlich, droht andererseits beim Ausspruch zu vieler Abmahnungen der Verlust des Kündigungsrechts. Der Arbeitgeber läuft Gefahr, daß ihm der Arbeitnehmer stets entweder entgegenhält, es sei zu oft, oder es sei zu selten abgemahnt worden. Dieser Konflikt ist nur dadurch zu lösen, daß von dem Arbeitgeber, der durch zahlreiche Abmahnungen deren Warnfunktion zunächst abgeschwächt hat, verlangt werden muß, daß er die letzte Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung besonders eindringlich gestaltet (*Kleinebrink Abmahnung Rn. 487; KR-Fischermeier 5. Aufl. § 626 BGB Rn. 270*). In welcher Form dies zu geschehen hat (eindringliches Abmahnungsgespräch, besonders hervorgehobener Text „letztmalige Abmahnung“ etc.), hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

cc) Dieses Erfordernis ist hier gewahrt. Zwar hatte die Beklagte über viele Jahre hinweg die ständigen Verspätungen des Klägers stets nur abgemahnt und damit beim Kläger möglicherweise Zweifel aufkommen lassen, ob sie wirklich bereit war, bei erneuten Verspätungen die angedrohte Konsequenz zu ziehen und zu kündigen. Die beiden letzten Abmahnungen waren aber, darin ist dem Landesarbeitsgericht zu folgen, derart deutlich abgefaßt („müssen Sie mit einer Kündigung rechnen“, „letztmalige Abmahnung“), daß für den Kläger klar erkennbar war, daß ihm im Wiederholungsfall die Kündigung drohte. Dabei ist vom Landesarbeitsgericht nicht einmal berücksichtigt worden, daß auch das von der Beklagten eingeleitete Beschlußverfahren Abmahnungsfunktion hatte. Durch Einleitung des Beschlußverfahrens hatte die Beklagte eindeutig klargestellt, daß sie nunmehr gewillt war, auf die ständige Unpünktlichkeit des Klägers mit dem Ausspruch einer Kündigung zu reagieren. Trotzdem ist der Kläger schon einen Tag nach Ausspruch der letzten Abmahnung und auch noch später während des laufenden Beschlußverfahrens erneut zu spät gekommen.

4. Auch die Interessenabwägung durch das Landesarbeitsgericht ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Den hohen sozialen Besitzstand des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zu seinen Gunsten berücksichtigt. Bei der Bewertung der Dauer der Betriebszugehörigkeit durfte das Berufungsgericht auch darauf abstellen, daß es sich wegen der häufigen Verspätungen des Klägers seit 1983 nicht um eine beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit gehandelt hat.

b) Das Fehlverhalten des Klägers, trotz eindringlichster Abmahnungen fortlaufend wieder zu spät zur Arbeit zu erscheinen, ist auch mit dem angefochtenen Urteil als gravierend anzusehen. In ihrer Häufigkeit und Dauer können die ständigen Verspätungen des Klägers nicht mehr, wie dieser es in den Vorinstanzen darzustellen versucht hat, als Lappalien abgetan werden. Die Beklagte mußte im Kündigungszeitpunkt davon ausgehen, daß der Kläger nicht bereit bzw. in der Lage war, seine Arbeitszeiten einzuhalten und es deshalb zu entsprechenden Verspätungen auch in Zukunft kommen würde.

c) Zutreffend ist das Berufungsgericht auch von einem erheblichen Verschulden des Klägers ausgegangen. Der Kläger hat keine Ursachen für seine ständigen Verspätungen angeben können, die er nicht selbst hätte abstellen können. Soweit er sich darauf beruft, er habe an den fraglichen Tagen „verschlafen“, zeigt schon sein eigenes

Vorbringen, daß es sich insoweit um ein steuerbares Fehlverhalten handelte. Die Verbesserungen im Weckvorgang, die nach Angaben des Klägers nach Ausspruch der Kündigung bei ihm zum pünktlicheren Arbeitsantritt geführt haben, hätte der Kläger spätestens nach Ausspruch der letzten Abmahnung ergreifen müssen.

d) Zu Unrecht rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht hätte bei der Interessenabwägung Betriebsablaufstörungen nicht berücksichtigen dürfen. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, gegen die sich die Revision mit keiner durchgreifenden Revisionsrüge wendet, ist es durch die Verspätungen des Klägers zu Betriebsablaufstörungen gekommen. Derartige Verspätungen eines Arbeitnehmers beim Arbeitsbeginn sind üblicherweise mit Betriebsablaufstörungen verbunden. Würden bei Verspätungen des Arbeitnehmers selbst solche Störungen ausnahmsweise nicht auftreten, wäre der Arbeitnehmer in der fraglichen Zeit eigentlich überflüssig und sein Einsatz für den Arbeitgeber nicht von Nutzen, was regelmäßig nicht angenommen werden kann (vgl. Senat 27. Februar 1997 - 2 AZR 302/96 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 51). Selbst wenn die Beklagte keine verspäteten Zustellungen und Kundenreklamationen konkret vorgetragen hat, ergeben sich, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, derartige typische Störungen des Betriebsablaufs durch verspäteten Dienstantritt im übrigen schon aus der Art der Tätigkeit des Klägers als Auslieferungsfahrer. Der Kläger räumt selbst ein, daß in Fällen seines Fehlens teilweise ein Ersatzfahrer für ihn die Tour übernehmen mußte und er im Lager eingesetzt wurde. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben darüber hinaus die von der Beklagten belieferten Großkunden feste Anlieferungstermine, so daß zumindest die Gefahr besteht, daß diese Anlieferungstermine bei Verspätungen nicht eingehalten werden können. Eine unangekündigte Verspätung des Klägers beim Arbeitsbeginn störte damit den Betriebsablauf dergestalt, daß die Beklagte ihre Tourenplanung ändern und überlegen mußte, ob sie einen anderen Fahrer mit der Tour beauftragen oder die Tour selbst umstellen sollte.

e) Zutreffend hat das Berufungsgericht schließlich berücksichtigt, daß die Beklagte Gefahr lief, ihre Bemühungen um die Einhaltung der betrieblichen Arbeitszeit würden auch von den anderen Arbeitnehmern nicht mehr ernst genommen werden, wenn sie auf die ständigen Verspätungen des Klägers, die dieser auch nach scharfen Abmahnungen und der Einleitung eines Beschlußverfahrens auf Zustimmung zur Kündigung offenbar nicht einstellen konnte, nunmehr nicht mit einer Kündigung reagierte.

5. Da das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten beendet worden ist, war die Beklagte auch nicht zur Weiterbeschäftigung des Klägers verpflichtet.
6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Bröhl Eylert Bepler

Bartz Lenz